



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL CONTROVERTIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO PATOLOGÍA JURÍDICA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL BINOMIO LEGAL TENENCIA – RÉGIMEN DE VISITAS EN LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA

María Peña-Barrientos

Piura, noviembre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Peña, M. (2016). *El controvertido Síndrome de Alienación Parental como patología jurídica y sus implicancias en el binomio legal tenencia – régimen de visitas en la legislación de familia* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Piura. Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

MARÍA IRENE ELVENCIA PEÑA BARRIENTOS

**EL CONTROVERTIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL
COMO PATOLOGÍA JURÍDICA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL
BINOMIO LEGAL TENENCIA – RÉGIMEN DE VISITAS EN LA
LEGISLACIÓN DE FAMILIA**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2016

APROBACIÓN

Tesis titulada *“El Controvertido Síndrome de Alienación Parental como patología jurídica y sus implicancias en el binomio legal tenencia – régimen de visitas en la legislación de familia”*, presentada por la bachiller María Irene Elvencia Peña Barrientos en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Claudia Moran de Vicenzi.

Director de tesis

DEDICATORIA

A Dios y mi madre María, quienes con su inmensa misericordia me llenan de bendiciones día a día.

A mis padres, Kike y Elvencia, y a mi hermano Enrique, por fomentar en mí el deseo de superación brindándome las herramientas y las fuerzas necesarias para lograr mis objetivos a pesar de las adversidades.

A, Giancarlo y María Camila, quienes junto con mi familia y amigos pese a la distancia siempre están presentes, mostrándome su apoyo incondicional en todo momento.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES	5
1.1. Conflictos familiares y disputas legales	6
1.1.1. Generalidades	6
1.2. Patria Potestad	10
1.2.1. Titularidad y ejercicio	13
1.2.2. Relaciones que configuran el ejercicio de la patria potestad	16
1.3. Tenencia	17
1.3.1. Tipos de tenencia	20
1.3.2. Determinación y titulares	21
1.4. Régimen de visitas	25
1.4.1. Concepto y Contenido	25
1.4.2. Determinación y titulares	29
1.5. Análisis de los Artículos 84 y 85 del Código de Niños y Adolescentes	32
1.5.1. Otorgamiento de la tenencia y el Principio del interés superior del niño	35
CAPITULO II. EL CONTROVERTIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO CRITERIO A EVALUARSE DENTRO DEL PROCESO DE TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS	41
2.1. El controvertido Síndrome de Alienación Parental	41
2.1.1. El SAP desde la óptica de sus defensores	45
2.1.1.1. Características psicológicas del SAP	46

A. En el niño, niña o adolescente víctima	47
B. En el progenitor alienador	49
2.1.1.2. El síndrome de alienación parental contra el interés del niño: Violencia intrafamiliar	51
2.1.1.3. El síndrome de alienación parental como vulnerador de los derechos fundamentales del niño y adolescente	58
2.1.1.4. El SAP en el pronunciamiento judicial: El diagnóstico diferencial, la terapia de amenaza y el terapeuta del SAP	62
2.1.1.5. La defensa del SAP por sus seguidores: ¿Qué no es Síndrome de Alienación Parental?	66
2.1.2. El SAP desde la óptica de sus detractores: Confrontación entre las principales críticas y defensas del Síndrome de Alienación Parental	68
2.2. Implicancias legales de la presencia del Síndrome De Alienación Parental en el binomio tenencia – régimen de visitas	77
2.2.1. El SAP en derecho comparado y en la Jurisprudencia internacional	77
2.2.2. El SAP en la legislación internacional	88
2.2.3. El SAP en la Jurisprudencia nacional	90
2.2.3.1. Casuística ante la Corte Suprema de Justicia de la República	90
A. Casación N° 2067-2010-Lima	90
B. Casación N° 5138-2010-Lima	93
C. Casación N° 1961-2012-Lima	94
D. Casación N° 5008-2013-Lima	95
E. Casación N° 370-2013-Ica	97
2.2.3.2. Casuística ante el Tribunal Constitucional	98
A. Exp. N° 01817-2009-PHC/ TC: Caso emblemático J.A.R.R.A y V.R.R.A	100
2.2.3.3. Casuística en las diversas cortes de Justicia del Perú	102
A. Exp. N° 000243-2011 Primera Sala Civil de Piura	102
B. Exp. N° 000979-2012 Corte Superior de Huarua	103
C. Exp. N° 000075-2012 Segunda Sala Civil de Ica	104

D.	Exp. N° 001003-2012 Primera Sala Civil de Piura	106
E.	Exp. N° 001535-2014 Primera Sala Civil de Piura	109
2.2.4.	Formas actuales de identificar y actuar sobre el SAP en el ámbito de los procesos judiciales	111
2.2.5.	La intervención necesaria de un equipo multidisciplinario dentro de los juzgados de familia: informes psicológicos de vital importancia.....	117
CONCLUSIONES		125
BIBLIOGRAFIA		129
INDICE DE SENTENCIAS		137

ABREVIATURAS

AA	Acción de Amparo
art.	Artículo
arts.	Artículos
Cas.	Casación
CC peruano)	Código Civil (a falta de otra indicación, el peruano)
Cap.	Capítulo
CDNA	Código de los Niños y Adolescentes
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
cit.	Citado(a)
CP peruano)	Código Penal (a falta de otra indicación, el peruano)
CPC peruano)	Código Procesal Civil (a falta de otra indicación, el peruano)
CSJ Perú.	Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
DSM IV Disorders	Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders
Exp y Exps	Expediente(s)
f.j.	Fundamento Jurídico
Ibídem	en el mismo lugar
ICD and Related Health	International Statistical Classification of Diseases and Related Health
Inc. e incs	inciso(s).
in fine	al final
infra	abajo

loc.cit.	locus citatus (lugar citado)
Nº	número(s)
p.ej.	Por ejemplo
p. y pp.	Página(s)
RAE	Real Academia de la Lengua Española
S.	Sentencia
SS	Sentencias
SAP	Síndrome de Alienación Parental
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
Supra	arriba
t. y tt	tomo(s)
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Traducción al Español)
VV.AA.	Varios Autores
vid	vide (véase)
vol y vols	volumen(es)

INTRODUCCION

Nuestra labor jurídica nos conduce en más de una oportunidad a enfrentarnos con realidades que muchas veces resultan sorprendentes a nuestros ojos, que parecen inconcebibles; aunque lamentablemente no podemos decir que se traten de casos aislados; por el contrario son situaciones que día a día se encuentran en nuestro entorno y con más frecuencia.

Sin embargo aun con ello; es difícil todavía encontrar las razones coherentes por las cuales un hijo “decide” no seguir manteniendo una relación directa y regular con el progenitor que no tiene su cuidado personal, porque este se divorció o separo del otro progenitor y por lo tanto se volvió el antagonista de la historia. Las causas por las cuales una niña “opta” por odiar a su madre sin motivos, o la razón por la que un padre se transforma, de un día para otro, en el peor enemigo de su propio hijo sin justificación aparente.

Ante estas situaciones, no podemos mantenernos incólumes; sino por el contrario debemos buscar y presentar cuál es la respuesta del Derecho a estas realidades que afrontamos en nuestra labor diaria y esto es precisamente lo que intenta desarrollar este trabajo.

En el mundo entero se visualizan estos casos a diario, llegando a tocar las fibras más sensibles de nuestra especialidad, pero así también de otras disciplinas como son la psicología o la sociología. Es nuestro deber como profesionales tratar de dar soluciones a estas problemáticas, colaborar en lo que nos sea posible en ayudar a las personas inmersas en estas lamentables situaciones a que las superen y se vean lo menos

perjudicadas posibles, ya que las víctimas de estas situaciones lamentables, suelen ser los niños y adolescentes, que por su propio nivel de desarrollo y madurez, resultan ser la parte más vulnerable de la relación.

Las páginas que siguen a continuación, independientemente de la polémica suscitada en cuanto a la legitimidad ideológica y la existencia científica del denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP), pretenden esclarecer la importancia de esta situación, con indiferencia de cómo lo llamemos, como un factor a tenerse en cuenta dentro de la determinación de la tenencia y el régimen de visitas en el marco de conflictos familiares que se desarrollan en un ámbito judicial, pretendo poner en discusión el tema del Síndrome de Alienación Parental, que es aquel trastorno que se define, por quienes sostienen su existencia, como el producido en los niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente en los casos de separación confrontacional de sus progenitores, y que consiste en “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños siendo su primera manifestación una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña”

Generalmente esta patología, no obtiene la importancia debida dentro de los tribunales en los que se discuten temas referidos a la tenencia o el régimen de visitas, siendo ello así por el poco conocimiento que se tiene del tema, ya que aún se encuentra en un gran debate científico aceptar su existencia o no, porque se da de manera discreta y desde luego no deja huellas físicas; o lo que es peor porque los operadores jurídicos, llámense abogados, lo utilizan, basándose en las opiniones controvertidas, para obtener un resultado favorable a sus intereses.

Como todo descubrimiento social, su desarrollo es paulatino en el tiempo, y de mi investigación he observado que a la actualidad la bibliografía sobre el tema no es del todo abundante pero también estoy siendo testigo de la inclinación, ya no solo doctrinaria sino también en las diferentes legislaciones, de que la alienación parental y su consecuentemente síndrome , es considerada ya como un capítulo

especial dentro de los actos que atañen una vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes por muchos países, siendo considerada como una clara muestra de violencia familiar.

Las cifras de los niños que padecen este mal aumentan, por lo que no se trata de un problema menor, y por lo tanto debería ser objeto de una discusión jurídica. Más aun siendo que nos encontramos, con un síndrome que no ha sido descubierto dentro del seno de la ciencia médica, sino que su nacimiento se dio en nuestra propia ciencia jurídica, en el ámbito de los tribunales del poder judicial y en el corazón del desarrollo de los procesos judiciales.

El objetivo principal de esta investigación es buscar una solución justa que permita salvaguardar las relaciones paterno filiales tras la ruptura de pareja velando siempre por el interés de los menores de edad involucrados, ya que independientemente de que se acepte o no la existencia del SAP y sea reconocido como síndrome, no debemos cegarnos a la realidad que las interferencias parentales existen y que no debemos perder de vista que lo que debemos tutelar es precisamente los intereses de los hijos no de las madres ni de los padres.

Para analizar este objetivo principal, es necesario desarrollar algunos objetivos específicos, así pues en el Capítulo I denominado Conceptos Generales hare referencia a conceptos generales sobre patria potestad, tenencia y régimen de visitas, el desarrollo legislativo dentro del Derecho de Familia y del Derecho Privado de estas figuras jurídicas, la importancia de principios fundamentales como el Interés Superior del Niño.

En el Capítulo II denominado El controvertido síndrome de alienación parental como criterio a evaluarse dentro del proceso de tenencia y régimen de visitas; me adentrare en situar al lector dentro del contenido del SAP desde la óptica de sus defensores y detractores, con lo que conlleva todo el debate que se desarrolla en el campo médico y psicológico respecto a este; para finalmente poder analizar las implicancias legales de la presencia del SAP en el binomio tenencia – régimen de visitas; el desarrollo jurisprudencial que ha obtenido el SAP en derecho comparado y su jurisprudencia así como en la jurisprudencia nacional.

Cabe mencionar, que la bibliografía y este trabajo en sí; necesariamente se extenderán a un apoyo interdisciplinario siendo que tomaremos conceptos de la psicología, la psiquiatría forense, la sociología entre otros, para ello realizare una lectura sistemática de los diferentes autores, extranjeros en su mayoría, que sostienen los dos enfoques existentes sobre el SAP: unos que lo consideran un síndrome/trastorno real y otros que lo consideran una alteración más de las conductas parentales, es decir los primeros lo aceptan, y los segundos en definitiva no.

Las paginas siguientes quieren ofrecer argumentos para entender que, si bien el tema del SAP sigue siendo muy controversial en el campo de la psicología o la medicina, el Derecho debe responder ante esta nueva situación de hecho, en donde en muchos casos se encubre un tipo de violencia familiar, y la no intervención judicial podría suponer un acrecentamiento del maltrato.

Finalmente debo señalar que la presente investigación se plantea desde y para el Derecho de Familia, pero no se puede perder de vista su íntima conexión con el resto de ramas del Derecho, también por la exigencia de la unidad de la persona en si, por lo que como se dijo antes, ha sido necesario un enfoque interdisciplinario, y consulta con otras ciencias sociales y sus especialistas.

CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES

La familia, como célula básica de la sociedad, tiene una gran repercusión en el desarrollo y evolución tanto del hombre como de la sociedad; es por ello que también es una institución jurídica; sin embargo no podemos olvidar que el Derecho es posterior a la familia, dado que esta no es una creación del Derecho sino una institución natural, entonces este solo se puede limitar a regular las consecuencias de la vida humana que se desarrollan en el ámbito familiar.

Desde la óptica de la familia como base fundamental de nuestra sociedad, se han erigido un sin número de derechos y garantías que buscan protegerla, a ella y a sus miembros, frente a cualquier adversidad o distorsión de este mundo cambiante, que a cada día genera ataques contra el núcleo duro de esta institución del derecho natural.

Pero vale decir también, que estos ataques a la familia y a sus miembros no solo proceden de agentes externos a ella (el Estado, grupos minoritarios, etc.) sino también existen ataques que se generan desde dentro propio del seno familiar, miembros que se atacan unos a los otros en pro de beneficios personales, muchas veces egoístas, siendo que ya no solo hay defender a la familia frente a agresiones de fuentes externas a ella sino también internas.

Es nuestro deber defender y proteger lo que significa la familia en su totalidad, apaciguar los daños causados en ella que muchas veces llevan a debilitar sus bases y generan escenarios que atentan contra la dignidad de la persona como tal, por que el ser humano se forma en el seno familiar y esta es, sin duda alguna, su primera escuela de vida.

Ahora se abordara el tema de los conflictos familiares y las disputas legales que se pueden generar de estos.

1.1. Conflictos familiares y disputas legales

La legislación de familia ha ido evolucionando de manera importante, por el reconocimiento paulatino de los llamados derechos fundamentales de las personas, estos cambios han sido sustanciales y procesales, cada vez incorporándose nuevas ideas sobre el concepto de familia y su protección; siendo así las cosas, podemos establecer que el Derecho de Familia es una de las ramas de la ciencia jurídica que evoluciona con mayor rapidez debido a los drásticos cambios sociales.

1.1.1. Generalidades

La familia sigue siendo la base fundamental del desarrollo del Derecho de Familia, y esta misma ha ido evolucionando, sin embargo el tema de la evolución de la familia, escapa a la investigación de este trabajo, por lo que nos limitaremos a decir que es dentro de esta constante evolución es que surgen nuevos derechos así como nuevos problemas, apareciendo un aumento de las rupturas, divorcios y recomposiciones conyugales¹.

Pero, no todo ha sido negativo en esta evolución, así también se ha dado un reconocimiento mayor a ciertos miembros de la familia; como es el caso del niño y el adolescente como sujetos de derecho, titulares de todas y cada una de las garantías constitucionales que poseen los mayores de 18 años, así por ejemplo se establece como una de las bases de este desarrollo jurídico el reconocimiento del derecho del niño a ser oído, expresar

¹VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica. Lima (Julio, 2012). p. 425.

su opinión y que esta sea tomada en cuenta² así como el establecimiento de que si alguno de los derechos de los niños es amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o el estado, restablecer el derecho afectado mediante mecanismos concretos y eficaces.

Como ya se ha señalado, la familia ha sido considerada como una institución fundamental para la conformación del Estado; y es sabido también que con el transcurrir de los tiempos las familias han ido cambiando, tanto que incluso se ha aceptado su desintegración; ya que para muchas parejas la separación es una de las mejores soluciones a sus desacuerdos y conflictos.

Se entiende por divorcio a la disolución del vínculo matrimonial, es decir; el divorcio pone fin al matrimonio, ya sea a pedido de ambas partes o tan solo por una de ellas, basando en este último caso su petición en una de las causales que señala el art. 333 en los incisos 1 al 12 de nuestro Código Civil; cabe resaltar que la disolución del vínculo matrimonial no debe afectar las obligaciones que los ex cónyuges tengan con los hijos, pero es precisamente en ese momento (divorcio) en donde surgen problemas, y no solo en los llamados divorcios conflictivos; sino también, en aquellos que se entienden realizados por mutuo acuerdo de las partes, y uno de los principales problemas es la disputa por la tenencia de los hijos y sobre los bienes.

En este trabajo me encaminare a examinar la primera problemática señalada; es decir los problemas por la tenencia y guarda de los hijos, cuando no son posibles los acuerdos sobre los hijos, adquiere relevancia el proceso legal, para regular estos aspectos psicosociales que aparecen como innegociables.

Así pues, cuando una o ambas partes decide cesar su convivencia en común; se rompe el matrimonio o la unión de hecho de dos personas con hijos, entre ellos seguirá existiendo un vínculo indisoluble: la filiación a los hijos comunes; de modo que las relaciones familiares no se acabaran con esta ruptura, sino que se

² PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de los Niños y Adolescentes. Lima, 2000. Artículo N° 9 y 81. p. 6 y 24.

reorganizaran y habrá que adecuarlas a las nuevas situaciones personales que cada miembro atraviesa.

Se abrirán ante las partes, desde la perspectiva legal, dos posibilidades para conciliar sus intereses y los de los hijos en común, por mutuo acuerdo o por vía judicial, si se opta por el primero de los caminos los cónyuges pactaran las condiciones en que se desarrollara su nueva realidad, decidiendo ellos mismos el futuro de la familia el cual deberá ser acorde con el interés superior de los niños y adolescentes, que son la parte que el Derecho busca salvaguardar. Cuando se toma el segundo camino, se inicia un proceso legal, en donde los intereses de las partes en la mayoría de los casos son defendidos por un abogado, quien pretenderá obtener la decisión judicial más beneficiosa para su patrocinado.

Nuestro Derecho Civil nos ofrece toda una serie de instrumentos para lograr esta reorganización, que deberá ser sobretodo lo menos lesiva a los intereses de los menores de edad involucrados, adaptando los derechos y deberes de los padres con respecto a sus hijos a la nueva situación.

Así pues, aparecen las ya conocidas figuras de patria potestad, tenencia y régimen de visitas; conceptos legales que pasan a formar parte del vocabulario y de la vida familiar tras la ruptura.

Cuando los padres no han podido ponerse de acuerdo sobre la forma de regular la continuidad de las relaciones con sus hijos, estos estarán llamados a jugar un papel importante, expresando dentro de un proceso judicial sus preferencias hacia uno de los progenitores, teniendo su opinión un elevado grado de trascendencia en el juzgado y el juez tendrá que ser el tercero imparcial que dentro de esta nueva realidad psico-jurídica, debe tomar las decisiones siempre velando por los importantes intereses en juego y la protección de los derechos de todos los miembros de esa familia en crisis, deberá evaluar un conjunto de pericias psicológicas y psicosomáticas que le brinden la posibilidad de generar un pronunciamiento integral y justo, valorándose en su real dimensión la conducta de todas las partes.

Por lo dicho anteriormente; en los juzgados de familia; requieren la participación no solo de los jueces, sino también de especialistas en psicología y asistentes sociales; además de que se deben respetar ciertos caracteres como son la exclusividad en su competencia, su extra patrimonialidad y la necesidad de imponer la especialización de sus operadores.

La exclusividad se refiere a la defensa de su competencia material que debe versar taxativamente sobre asuntos personales derivados de las relaciones de familia siendo perjudicial para el funcionamiento de estas unidades el incluir en su competencia asuntos que no son propiamente familiares y que, en definitiva, entorpecen el trámite de los que sí lo son (por ej.: no resulta procedente incluir la sucesión, rectificaciones de partidas, declaraciones de incapacidad, etc.); por ende, esto significa que sólo entenderán en cuestiones patrimoniales cuando ellas se encuentren vinculadas con la cuestión familiar (por ej.: alimentos, disolución de la sociedad conyugal, etc.).

Por último, la especialización implica que quienes participan en el trámite como operadores de la justicia deben poseer versación en la materia familiar como lo explicaremos más adelante. Cabe destacar en este aspecto la incidencia de la interdisciplinariedad; en efecto, los tribunales especiales que funcionan en nuestro país son auxiliados por equipos técnicos, integrados por profesionales médicos, psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales³.

La tarea de los jueces actualmente se complica porque el mapa de las relaciones familiares ha cambiado y no se manifiestan solamente a partir de la familia matrimonial clásica, sino que es frecuente que los problemas se susciten en el seno de familias ensambladas donde las relaciones de convivencia y sus soluciones resultan más dificultosas.

³ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas*. 2008. [Consultado el 12.08.2015]. Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/03/29/aspectos-procesales-de-la-tenencia-y-del-regimen-de-visitas/>>

Acertadamente se ha expresado que en la materia familiar rigen, por otra parte, pautas jurídicas y legales en las que a menudo se incluyen criterios tributarios de equidad, ya que resuelven problemas humanos que exigen una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales en pro de salvaguardar los intereses superiores que se discuten en estos tribunales⁴.

Dentro de este contexto judicial, se denota la presencia de varios fenómenos psicológicos que afectan a la familia, ya que existe un desequilibrio emocional de todos sus miembros, que llevan a minimizar sus capacidades para desarrollar estrategias adecuadas para el afrontamiento de la nueva realidad; además de que surgen situaciones de riesgo para el desarrollo emocional del menor de edad y que propician la aparición de alteraciones psicológicas en la infancia⁵ entre ellos un fenómeno que suele ser común en los casos en que se disputa la Tenencia o el Régimen de Visita de los hijos: la alienación parental, tema central de esta investigación, sin embargo, no se puede entrar a profundizar en dicho tema, sin antes hacer una obligatoria referencia a otros conceptos básicos, en un ámbito interdisciplinario; siendo que debemos aproximarnos a definiciones psicológicas y explicar instituciones del derecho de familia.

1.2. Patria Potestad

El ser humano durante un cierto periodo de vida, llamado normalmente minoría de edad, es incapaz de atender a sus propias necesidades, no puede ejercer sus derechos y necesita la asistencia de otras personas para sobrevivir; este permanente estado de necesidad debe ser cubierto y satisfecho, esta obligación de asistencia a favor de este ser indefenso recae en los padres y es en eso que se centra la patria potestad, institución dirigida a cubrir ese estado de necesidad natural.

⁴BERIZONCE, Roberto O. *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar anticipatoria*. En: Revista de Derecho Procesal, vol. N°1. Santa Fe, 1998, p. 148.

⁵FERNÁNDEZ Y GODOY. *Manual de Psicología Forense. Síntesis*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 354-422.

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar, mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. El poder de familia es el conjunto de derechos y obligaciones de la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido, en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos que las normas jurídicas les imponen, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo⁶.

La doctrina es unánime al definir a la patria potestad como la relación entre padres e hijos generadoras de recíprocos derechos y deberes concebidos siempre en función del amparo de los hijos⁷; ello supone entender a la patria potestad, como la capacidad legal que le asiste a ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos, compartiendo por igual los padres los derechos y deberes generados en virtud de ésta; por ello en caso de fallecimiento de uno de los padres el supérstite concretará la patria potestad.

La naturaleza de los deberes y derechos emanados de la patria potestad, son anteriores al Estado, ello supone no haber sido creados por el ordenamiento jurídico, sino por el contrario recogidos por éste del derecho natural, la patria potestad constituye una función natural tanto de los padres, como de los hijos. Su contenido en general está dado por una configuración indisoluble entre deberes y derechos, de tal modo que ambos aspectos deben estar vinculados con la finalidad de lograr el desarrollo integral del niño y la preservación de sus derechos; entre estos deberes y derechos encontramos prestar compañía a los hijos, alimentos, educación y formación, corregirlos cuando es debido, representarlos, administrar sus bienes, etc.

Nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto a la patria potestad ciertas características fundadas en obligaciones, deberes y derechos; regulándose en el art. 6, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú: “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”; asimismo, en el Código de los Niños y Adolescentes se ha

⁶ DINIZ, María E. *Curso de Derecho Civil Brasileiro*. Citado por VARSÍ, Op. Cit., p. 431.

⁷ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid: Espasa Calpe S.A, 1998, p. 728.

desarrollado el contenido de los mencionados deberes y derechos otorgados por la Patria Potestad, definiéndolos en los siguientes términos:

Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.”

Por lo tanto, una de las premisas sobre las cuales descansa la patria potestad es el reconocimiento de la titularidad a los padres, así como su protección y su consiguiente protección del ámbito privado de la vida en familia, cuya autonomía debe ser respetada por el ordenamiento jurídico; y sólo excepcionalmente se prevé la intervención judicial cuando se trate de evitar un daño o peligro al menor de edad.

Nuestra Constitución Política en su art. 6 segundo párrafo⁸ expresa el fundamento del deber-derecho de la patria potestad: alimentar, educar y dar seguridad, las cuales se interpretan a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y desarrollan por medio de las normas de menor rango.

⁸ PERÚ. Congreso de la República. Constitución Política del Perú. Lima, 1993. Artículo 6: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijo. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros y en cualquier documento de identidad”

La patria potestad corresponde en igual de condiciones a ambos progenitores, con independencia de la relación entre ellos es decir estén o no casados, por lo que se trata de una titularidad dual o conjunta.

1.2.1. Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad

Los padres son los sujetos activos de la patria potestad, y los hijos son los sujetos pasivos de esta institución familiar. Lo regular es que la patria potestad sea siempre compartida entre los cónyuges, así también lo entiende nuestro CC en su art. 418 y 419; en tal sentido se aplica el principio de ejercicio conjunto de la patria potestad⁹.

El ejercicio de la patria potestad de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven, pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, ya sea por la interrupción de la convivencia parental o por la difícil relación entre padres e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de uno solo de ellos, se produce lo que se ha dado en llamar el desmembramiento de la guarda¹⁰.

En caso de que se dé la ruptura conyugal de los padres, las relaciones paterno filiales deben mantenerse protegidas e incólumes, pues se trata de una relación de derecho natural que no debe estar sometida a las vicisitudes de la vida en pareja dentro del matrimonio o la convivencia; sin embargo, en el caso de que ello no fuera así y se vieran afectadas las relaciones paterno filiales, el derecho no puede mantenerse indiferente y regula a través de la legislación que en primer lugar de existir un matrimonio¹¹, en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confían los hijos. El otro queda mientras tanto suspendido en su ejercicio, es decir se

⁹ CANALES TORRES, Claudia. *Tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia*. En: Gaceta Jurídica, Lima (2012). p. 102 y ss.

⁷ FERREYRA DE LA RÚA, A. Y BERTOLDI DE FOURCADE, M. *Régimen procesal del Fuero de Familia*. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 335.

¹¹ El art. 420 del Código Civil Peruano establece “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio”. PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil. Lima, 1984. p. 98.

produce el desmembramiento de las funciones de la patria potestad, debiéndose determinar el cónyuge a quien le va a corresponder la tenencia y custodia de los hijos.

En caso de divorcio por causal, puede existir la determinación de la tenencia por acuerdo de los cónyuges, pero en caso de que esta no se dé, la podrá determinar el juez y el art. 340 del citado código establece que la tenencia la ejercerá el padre inocente, siendo que el padre culpable queda suspendido de la patria potestad.

El Código de Niños y Adolescentes por su parte regula que en casos de separación convencional y consecuente divorcio, así como en los casos de divorcio vincular por la causal de separación de hecho, para ninguno de los padres se suspende la patria potestad.

Por otro lado, en caso de no existencia de matrimonio, la determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o reconocimiento, y la patria potestad se otorga al padre que reconoció voluntariamente al hijo como suyo, de ser ambos el juez definirá quien será el ejercerá la patria potestad efectivamente de no vivir juntos los padres o si ambos en caso contrario. De haberse determinado judicialmente la filiación (reconocimiento no voluntario) parecería ilógico otorgarle la patria potestad al padre al que se le debió demandar para tener la calidad de padre; por ello los fallos judiciales se inclinan por otorgar la patria potestad al padre que demandó filiación extramatrimonial.

Puedo anotar, que en el caso de la patria potestad cuando no existe vínculo matrimonial entre los padres, el legislador confunde la patria potestad con la tenencia pues identifica el hecho de vivir juntos o separados con la suspensión de la patria potestad, lo cual es un grave error; si los padres viven separados de igual forma podrán ejercer conjuntamente la patria potestad, lo que no podrán ejercer es la tenencia, por la situación de hecho que atraviesan es decir la no convivencia.

Estos son los dos escenarios que a grandes rasgos podríamos encontrar al momento de analizar las relaciones paterno filiales ante la ruptura conyugal, sin embargo considero que existe una

confusión terminológica por parte de nuestro legislador, y no solo en el último caso de la no existencia del vínculo matrimonial sino también en la relación matrimonial, ya que ante la separación de los padres no se configuraría una suspensión de la patria potestad en ningún caso, salvo casos que ameriten privar de esta a uno o ambos progenitores por poner en riesgo la vida o integridad física y psicológica del menor de edad, sino que la suspensión que surgirá, por la llamarla de algún modo, será solo y únicamente de la tenencia para uno de los padres; lo contrario sería amparar que la separación o divorcio de los padres implica también una ruptura paterno filial y divorcio de los hijos, algo que es impensable, aunando a ello la idea que colocaríamos a los hijos como trofeos para el ganador del divorcio, sancionándolos por hechos cometidos por sus padres y dificultando el ejercicio de sus derechos como hijos.

En resumen, debemos establecer la premisa fundamental que la separación, nulidad o el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos y mantienen ambos progenitores la patria potestad a pesar de la ruptura.

Entonces, es evidente la contradicción dentro del sistema peruano, por cuanto del análisis de los citados artículos, se aprecia una combinación indebida e incluso confusión de instituciones jurídicas; es de resaltar que dentro de la relación conyugal, la ruptura o fin del matrimonio compete y es responsabilidad de los cónyuges, y no de los hijos, de manera que la ruptura de la relación conyugal no puede traer a colación una separación de padres e hijos.

Si bien debemos aceptar que la ruptura conyugal afecta a los hijos, se debe buscar que el perjuicio sea el menor posible; y es aquí donde puedo anotar que las críticas hechas a nuestra legislación pueden ser salvadas por el hecho de que la norma supranacional y nuestro CC otorga a los jueces, la facultad para que en sus resoluciones puede determinar, cual es el padre con las características más apropiadas para ejercer la tenencia de los hijos, y solo eso; sin que ninguno de los padres quede suspendido de la patria potestad, es decir si bien sus hijos no podrán convivir en el día a día con uno de sus progenitores, este no estará impedido de

participar en la toma de decisiones importantes para el hijo menor de edad, así tampoco de participar en los eventos de trascendencia y en general de colaborar con la formación del niño, que seguirá siendo su hijo con independencia de su relación con el otro progenitor. Sostener lo contrario atentaría contra la igualdad de derechos y responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de sus hijos.

Situación distinta es que en la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, se acumule la suspensión como una pretensión accesoria la cual tiene que estar fundamentada como lo he venido señalando anteriormente en la prueba de la comisión de hechos vinculados con el ejercicio del rol paterno filial en discusión.

Consideraría por todo lo dicho, inconstitucional el art. 75 inciso g, que en caso de separación, divorcio por causal o invalidez suspende la patria potestad, pues al tener dicha suspensión, como ya lo he señalado líneas arriba, como causa el incumplimiento de los deberes conyugales, más no el incumplimiento de deberes con los hijos.

1.2.2. Relaciones que configuran el ejercicio de la patria potestad

La patria potestad más que un derecho natural, es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor de edad; y que se realiza a través de la autoridad de los padres¹². Es decir la patria potestad se ejerce en interés de la familia y de la sociedad, antiguamente solo era en beneficio del hijo o exclusivo del padre, ahora sus derechos y deberes imprimen todo el ámbito familiar y social.

Debe ser ejercida responsablemente, caso contrario puede verse limitado el ejercicio de la misma, las limitaciones a la patria potestad es un tema muy interesante, que lamentablemente no podre ahondar en este trabajo, pues escaparía a los alcances del mismo y se debe analizar en un trabajo aparte.

¹²REPÚBLICA DE BOLIVIA. Código de Familia Concordado de la República Boliviana. Bolivia, 1988. art. 244 y ss.

Siguiendo con el tema, la patria potestad está conformada por un complejo de derechos y deberes de tracto sucesivo, de tal manera que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, así tenemos que el contenido personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan la corrección, la asistencia y la prestación de servicios, además del deber de otorgar al menor de edad el desarrollo en un ambiente adecuado, libre de malos ejemplos¹³.

En este sentido, es importante referirnos a dos instituciones fundamentales, en el desarrollo de nuestra investigación; la tenencia y el régimen de visitas.

1.3. Tenencia

Cuando los padres dejan de convivir definitivamente, es necesario decidir quién se encargara del cuidado de los hijos, o de otros temas como la educación y la forma como el progenitor que ya no conviva con ellos suplirá esa falta de convivencia, en general lo que incluya la satisfacción de sus necesidades inmediatas; por lo que surge el término tenencia, que será ostentada por el progenitor que convive con los hijos.

La tenencia es una forma de protección a los niños y adolescentes que consiste en tener la custodia física del menor de edad con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Es el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo, y recíprocamente el derecho de los hijos de vivir con el padre que mejor condiciones de vida le ofrezca.

Es un atributo exclusivo de la patria potestad, por lo que por regla general, quien goza de esta debe estar legitimado de una tenencia aunque surgen casos especiales, por ejemplo en la separación de cuerpos uno de los cónyuges se queda físicamente con el hijo, lo que no significa que el otro pierda la patria potestad, hay uno que tiene al hijo, es decir ostenta la tenencia, sin embargo ambos dirigen y supervisan su desarrollo¹⁴.

¹³ VARSÍ. Op. Cit., p. 302.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 304.

En suma, sea el progenitor que sea el que ejerce la tenencia de los hijos; la tenencia otorgada a este no puede considerarse en ningún caso, como un recorte o restricción de la patria potestad o aumento de la misma, que se seguirá ejerciendo de forma conjunta con el otro padre que no la ostenta, salvo los casos de suspensión o extinción de la patria potestad, tema que escapan de nuestro análisis dentro de la presente investigación, así pues se presupone la capacidad y disposición de ambos padres para velar por la formación y desarrollo del hijo. Muchos menos pueden entenderse, que con el otorgamiento de la tenencia a favor de uno de los progenitores se libera de obligaciones económicas, académicas o morales al progenitor que no ostente de esta.

La tenencia establecida judicialmente puede ser variada por circunstancias debidamente comprobadas, correspondiendo su tramitación en un nuevo proceso y es procedente cuando han transcurrido seis meses de la resolución original, salvo que esté en peligro la integridad del menor. El juez podrá ordenar con la asesoría del equipo multidisciplinario¹⁵ que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no produzca daño o trastorno en el menor de edad.

La tenencia de los niños y adolescentes se encuentra regulada en el capítulo II, del Título I, del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes, prescribiendo en sus dispositivos legales correspondientes lo siguiente:

Artículo 81: “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”;

Artículo 83: “El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes”;

¹⁵ Según el art. 149 del Código de Niños y adolescentes el equipo multidisciplinario es el órgano auxiliar de la justicia especializada en niños y adolescentes y que está conformado por médicos psicólogos y asistentes sociales.

Artículo 84: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

Por su parte, la jurisprudencia nacional ha señalado que “(...) Cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos, y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente [...], teniendo siempre en consideración el interés superior del niño y adolescente respecto a sus derechos [...] el interés superior del niño es un principio que garantiza la satisfacción de los derechos del menor, y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar en toda decisión que afecte al niño o adolescente (...)”¹⁶. Asimismo, que “(...) La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño (...)”¹⁷.

Sobre el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, este derecho se encuentra implícitamente consagrado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos: “El niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; además, en su artículo 9.1 establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

¹⁶Perú. Sala civil permanente. CAS. N° 1015-2000-Lima. 02 de Enero del 2000. [Consultado el 23.08.2015]. Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/317184175/CIVIL-V-B-RAY-PACO-docx>>

¹⁷Perú. Sala civil transitoria. CAS. N°1738-2000-Callao. 30 DE Abril del 2001. [Consultado el 23.08.2015]. Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/317184175/CIVIL-V-B-RAY-PACO-docx>>

El Tribunal Constitucional, reconoce que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el niño es un sujeto de derecho de protección especial, en tanto requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, y por ello considera: “Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores de edad frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”¹⁸.

1.3.1. Tipos de tenencia

Existen en doctrina diversas clasificaciones de la tenencia, para los fines de este análisis, me referiré al criterio simple de clasificación de esta, a partir del tiempo de utilización de la institución.

Así tenemos la tenencia definitiva que es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de una conciliación extrajudicial (que tiene calidad de cosa juzgada formal por cuanto son revisables toda vez que se haya producido un cambio en las circunstancias de hecho tenidas en cuenta para su fijación). Es definitiva en el sentido que se requiere nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o la modifique.

Y la tenencia provisional que es una medida cautelar anticipada sobre el fondo que solo puede darse dentro de un proceso de tenencia, es la facultad del padre que no tiene la custodia física de sus hijos, de recurrir al juez a fin de solicitar la tenencia provisional, la cual se otorga en función del peligro que pueda correr el menor de edad siguiendo bajo el cuidado del progenitor con el que se encuentra actualmente. El que ostenta la

¹⁸Perú. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. EXP. N° 01817-2009-PHC/TC-LIMA. Lima, 2009.

custodia de hecho, no puede solicitarla tenencia provisional precisamente porque la tiene de hecho, pero puede solicitar la tenencia definitiva a fin de que se le reconozca el derecho, con las garantías correspondientes. Esta clase de tenencia se encuentra recogida en el art. 87 de nuestro CDNA.

Fuera de esta clasificación que intrínsecamente esa diseñada para una tenencia ejercida por uno solo de los padres, actualmente en nuestro medio tenemos la denominada tenencia compartida o coparentalidad, mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. Esta figura permite que la patria potestad se robustezca ya que ambos padres la ejercerán directamente.

Así pues el art. 81 del CDNA sufrió una modificación, a fin de incorporar la figura de la tenencia compartida. Sin lugar a dudas la incorporación de este régimen de tenencia tiende a fomentar en los padres, la búsqueda de afianzamiento de sus vínculos afectivos, luego de haber atravesado por un proceso de separación.

Cabe decir que la innovación de la tenencia compartida, trae problemas en su aplicación, pues esta disposición solo tendrá éxito cuando hay buena comunicación entre los padres, y si precisamente es el conflicto lo que genera una situación de esta naturaleza, su aplicación sería para casos excepcionales., por lo que consideramos que el juez deberá valorar con carácter previo las circunstancias que se presentan en el caso concreto y es ahí donde el equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales tendrá un papel muy importante, pues ellos deberán proporcionar las herramientas necesarias para que el juzgador tenga un criterio más amplio respecto al caso a determinar.

1.3.2. Determinación y titulares

La primera y más importante forma de solución a fin de determinar que progenitor ejercerá la tenencia, está dada por el convenio celebrado entre los padres. Ello ha de ser resultado de un acuerdo meditado y maduro de los progenitores, quienes habrán

tenido en cuenta la experiencia previa en la convivencia y el interés del menor o menores de edad. El consenso se presenta así como la mejor de las soluciones, pero no exime al tribunal de revisar lo acordado antes de su homologación a fin de verificar si se vela adecuadamente por el interés de los niños.

Así pues, la solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores, en este caso será el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la guarda provisoria o definitivamente, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso.

Es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores de edad permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una tenencia de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos. Además se posibilita situación que los hijos viven con la ruptura de sus padres no se agudice más, tratando de mantener los afectos referidos a sus actividades habituales: al barrio, los amigos, la escuela, etc.

Sin embargo; tal como se ha señalado en líneas precedentes, desde finales del 2008 el CDNA ha sufrido variación en su artículo 81 incluyendo ahora la figura de la tenencia compartida; siendo que la determinación de la tenencia, según el artículo señalado se presenta de la siguiente manera:

a) Por acuerdo.- es la voluntad de los padres, tomando en cuenta la opinión del menor, la que mejor puede identificar las relaciones de tenencia.

Es una decisión trilateral en la que tanto los padres como los hijos deben expresar sus intenciones y deseos para que pueda llevarse a cabo de forma plena.

b) A falta de acuerdo.- la tenencia la resolverá el juez, situación bastante difícil porque se deja en manos de un extraño una decisión tan íntima como conferir la tenencia a uno u otro padre. La opción referida al otorgamiento de la tenencia a uno u otro de los progenitores no surge en forma evidente y la

elección requiere de un minucioso balance de las características de ambos progenitores en relación con las necesidades básicas del menor.

Así pues puede confirmarse la tenencia al padre que la tenía de hecho (continuidad con la tenencia) o despojarse a uno para entregársela al otro (entrega del menor de edad)¹⁹.

En mi opinión, cabe decir que la aptitud para hacerse cargo de un menor de edad no depende de la educación, ni la mayor o menor culpabilidad en el divorcio, ya que no se trata de elegir al padre ideal, sino de optar por el padre o la madre de un determinado niño o adolescente que tenga las condiciones dignas para la educación del menor de edad, que goce de las mejores posibilidades a su alcance para su desarrollo, tranquilidad, tiempo, recreación, dedicación, atención y seguridad.

Para estos casos entra en aplicación el artículo 84 del CDNA el cual señala: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió más tiempo, siempre que le sea favorable, el hijo menor de tres años permanecerá con la madre y para el que no obtenga la tenencia o custodia de niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”

Con estas modificaciones se busca, por lo menos en teoría, poner en manifiesto a los hijos que los problemas conyugales los afectan muy poco o casi nada en sus relaciones paterno-filiales, las cuales deberían mantenerse intactas.

- c) A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia)- Los abuelos.-se debe respetar el derecho a la identidad y el relacionamiento paterno- filial del hijo.

¹⁹VARSI. Op. Cit., p. 216.

Si bien el art. 81 del CDNA regula el caso de la tenencia cuando los padres estén separados de hecho, y no hace referencia a los abuelos; la Corte Suprema se ha pronunciado por amparar la causal de interpretación errónea de dicho artículo, realizando una interpretación extensiva de este, entendiendo que los abuelos pueden peticionar la tenencia, aun cuando los padres estén juntos, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar lo que sea más favorable al menor²⁰.

Siendo esto así se ha dejado de lado el criterio que los abuelos no podrían solicitar la tenencia directamente sino que deberían solicitar la suspensión de la patria potestad y acumulativamente la tutela así fuera en casos de incapacidad comprobada judicialmente de los padres.

El juez en estos casos debe evaluar los siguientes criterios: Debe preferir a la pareja de abuelos, aquellos que conforman una familia (Pero se puede otorgar la tenencia a uno solo de los abuelos y el nieto deberá permanecer con los abuelos con quien convivió más tiempo

Finalmente señalo, como ya es obvio, que los titulares de la tenencia son tanto los padres, quienes se presentan como sujetos activos junto con los abuelos; y a quienes se les otorga el nombre de Tenedores. En el caso de los padres opera la tenencia en forma individual en la mayoría de los casos, siendo la coparentalidad una innovación en vía de aplicación a mayores números de caso, y en los abuelos opera de forma individual, a uno de ellos, o conjunta, a la pareja de abuelos, prefiriéndose en mayor medida a esta última.

Los sujetos pasivos de la tenencia, son los hijos, que reciben el nombre de tenido, y quienes así como ostentan derechos en esta relación, también tienen obligaciones como el buen comportamiento.

²⁰ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. *Determinación de los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia*. En: Gaceta Jurídica, N° 221. Lima (Abril del 2012). p. 64.

Cabe decir que con base a un principio de igualdad entre los padres, la calidad de padre no debe perjudicar; ni el hecho de ser madre debe beneficiar para ejercer la tenencia, ambos cada quien de acuerdo a su naturaleza, está en condiciones de criar a su hijo, sin discriminar a uno u a otro.

En resumen, en términos generales en caso de atribución de la tenencia a uno solo de los progenitores, se prevé el establecimiento de un régimen de visitas con los hijos menores de edad a favor del progenitor no custodio, y solo por resolución judicial se podrá privar de este derecho al progenitor no custodio.

A continuación pasare a analizar el contenido de este derecho-deber.

1.4. Régimen de visitas

1.4.1. Concepto y Contenido

Como consecuencia de la residencia en diferentes domicilios de padres e hijos, se debe establecer un régimen de visitas con el fin de proveer el contacto con el progenitor no conviviente. Se trata, al igual que la tenencia, de un derecho-deber que se traduce en la necesidad de mantener adecuada comunicación entre padres e hijos.

Bajo lo señalado anteriormente, centrándonos en el aspecto estrictamente personal, más allá de lo estrictamente jurídico con el objeto de mitigar, en algún modo, el daño que toda separación produce sobre el hijo menor de edad debe haber una inclinación a mantener el mayor contacto posible entre el niño y el progenitor con quien no convive, es tal contexto que se da contenido al llamado régimen de visitas, que aparece como uno de los pocos medios para evitar el paulatino resquebrajamiento de la relación paterno filial que produce la cesación de la convivencia, ya que no obstante la separación de sus padres, el niño requiere de ambos para alcanzar su pleno desarrollo emocional que le permita conseguir relaciones afectivas sanas y duraderas.

La prioridad del interés del niño en las relaciones paterno filiales es patente en el Derecho positivo, así el régimen de visitas forma parte del derecho de relación, que es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterna filial. Jurídicamente visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita²¹.

Con lo dicho, puedo sostener que la denominación tradicional dada a esta institución no siempre es adecuadamente entendida. En efecto, de su literalidad podría colegirse que sólo se puede realizar el contacto progenitor-hijo en forma de visita en el domicilio de quien detente la tenencia. Sin embargo esto no es correcto y muchas veces la visita en tal domicilio resulta perjudicial ya que con ella puede afectarse la libertad en la relación entre el padre y el hijo no conviviente a la vez que producir interferencias en el ámbito doméstico privado del otro progenitor.

La comunicación, por ende, puede realizarse tanto en el domicilio del menor de edad como en el del padre no conviviente o en otro lugar que resulte propuesto conforme a las circunstancias. Entonces, aunque la nomenclatura asignada resulte insuficiente y confusa para designar la amplitud de la institución, se da una serie de soluciones diferenciadas que transitan desde alternativas sumamente pautadas a soluciones flexibles que las partes o el juez imaginen para su mejor cumplimiento.

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho- deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente; así pues al padre que no obtenga la tenencia debe señalársele un régimen de visitas. El régimen más apropiado es el que permite que el contacto entre el hijo y su padre se asemeje lo más posible al que hubiera habido de no haberse producido la ruptura de la convivencia de los progenitores del menor de edad.

²¹VARSI. Op. Cit., p 261.

La existencia de esta figura jurídica, busca, en buena cuenta, no agravar más la situación de las partes en conflicto, sobre todo para el menor de edad, para que no se constituya en una víctima directa o indirectamente de toda la problemática que se desarrolla en su entorno familiar. La importancia del régimen de visitas está dada en que este derecho no tiene otro objeto, no busca otros fines, no concede otras facultades o prerrogativas sobre el hijo; no permite “dirigir o gobernar” la vida de este; pero no es poca cosa esta institución; ya que a través de ella, cuando es cumplida como se debe, un padre o una madre no se convierte en un extraño para su hijo.

Tal es su importancia, que nuestro ordenamiento tiene una respuesta clara y contundente para los supuestos cuando el régimen de visitas no se respeta, ya sea porque el padre o la madre se haya visto impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo o se llegue a sustraer al menor de edad por quien no ostenta su custodia, así pues aquel podrá interponer la demanda correspondiente de tenencia y si el caso lo requiere puede solicitar un régimen de tenencia provisional. Ya que estas limitaciones o restricciones al régimen de visitas (salvo que sea justificado), implica un daño al niño desde que (...) este sufre una pérdida de identidad, de sentimiento de pertenencia a un grupo familiar, lugar, social, etc.²².

Este derecho, que deriva al igual que la tenencia de la patria potestad, es inalienable e irrenunciable pues tiende a la conservación y subsistencia del lazo familiar y afectivo esencial razón por la cual la privación de las visitas solo debe obedecer a graves motivos y circunstancias especiales. En este punto considero que no es correcto ni necesario que el régimen de visitas se encuentre supeditado al cumplimiento de la obligación de alimentos, que de hecho es importante, pero al ser ambos derechos específicos del menor de edad, el aseguramiento de uno de ellos no puede significar la anulación del otro, pues es igualmente importante que el padre cumpla con la pensión de alimentos como

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “*Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo...*”. En: Revista de derecho de daños, daños en las relaciones de familia. Argentina (Junio, 2008). p. 86 y ss.

que ejerza su derecho a la comunicación con su hijo; por otro lado el cumplimiento de la pensión alimentaria puede exigirse por otros medios más idóneos y que no afecten directamente al hijo sino al padre que es precisamente quien no cumple con su obligación.

La legislación nacional ampara este derecho en el art. 88 del Código de los Niños y Adolescentes, que en cuanto al régimen de visitas establece lo siguiente:

Artículo 88.- Las visitas.- “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 alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”.

De igual forma, esta figura procesal ha sido recogida en los instrumentos internacionales, así el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, precisando lo siguiente:

Artículo 9.- “3) 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”.

Siguiendo en el ámbito internacional, el caso Elsholz contra Alemania Demanda N^o 25735/94 ha generado todo un hito en el tema de la reparación de los daños por concepto de restricción de visitas, siendo que en la referida sentencia, que analizare más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, favorece 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 de SAP.

1.4.2. Determinación y titulares

Es un derecho de titularidad compartida, es decir que corresponde al visitado y visitante, ambos son beneficiados, aunque el interés superior del niño le otorgue a esté una mejor posición del mismo. Pero en general los padres, los hijos y demás parientes o allegados merecen en sí, y para sí, de esta facultad de relacionarse e integrarse con los miembros de su entorno familiar.

Sin embargo para efectos metodológicos, hare referencia a los siguientes titulares; el visitado que teniendo en cuenta, como dijimos el interés superior del niño, asumimos que este es su principal titular del derecho. Si se ve en relación con los padres, el visitado será el hijo, si el régimen le corresponde a los parientes o allegados, será simplemente el menor de edad.

Por otro lado tenemos a los visitantes que pueden ser los padres, hermanos, abuelos y allegados. Cuando el interés superior del niño lo justifique el derecho de visitas se puede extender a todo el entorno familiar.

Nuestro CDNA en su artículo 90 indica que “El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a los terceros no parientes cuando el interés superior del niño o adolescente así lo justifique”. El citado artículo resulta ser incongruente, por un lado permite las visitas de parientes pero establece límites al parentesco; mientras que, por otro reconoce a los no parientes este derecho sin límite alguno, el único sería que el interés del visitado lo justifique²³.

Si bien se puede observar la buena fe del legislador en la redacción del artículo, resultara beneficioso su modificación en relación a que tanto en su relación con parientes como no parientes el indicador para la necesidad o no de relación, debe ser velar por el interés superior del niño.

²³CHUNGA LAMONJA, Fermin. *Derecho de Menores*. 6ta ed. Lima: Grijley, 2002. p. 356.

El régimen de visitas puede ser determinado de varias maneras:

- a) Común acuerdo.- que es el medio más adecuado, entre los miembros de la familia, puede ser también a través de la conciliación. Entender que los hijos no son trofeos por los que se pelea, sino seres humanos cuyos sentimientos han de ser tenidos en cuenta, sin exigirles un desdoblamiento de sus afectos o un enrolamiento en causas ajenas, así que lo esencial debe ser optar por una solución armoniosa y velando por lo más adecuado para el menor de edad respecto al régimen.
- b) Sentencia judicial. En un proceso de establecimiento del régimen o puede ser dentro del proceso de divorcio o tenencia.
- c) De oficio. Establecido por el juez a falta de la solicitud de las partes.

En caso de que no exista un acuerdo voluntario, y se tenga que establecer excepcionalmente por decisión judicial el régimen de visitas; los requisitos para el establecimiento del régimen familiar de visitas pueden ser, entre otros, los siguientes, aunque como hemos venido señalando a lo largo de nuestra investigación, será el juez quien tendrá que observar el caso concreto y analizar todas las circunstancias que existen dentro del ámbito familiar, a fin de dar una respuesta justa y completa de la nueva forma de relacionarse que tendrá la familia:

- a) Acreditar la relación afectiva de la familia con el menor de edad.
- b) Las necesidades del menor de edad, así pues si se trata de niños muy pequeños deben establecerse periodos de visita más cortos y no demasiado alejados de su ámbito de desarrollo normal, si son mayores los horarios de salida pueden ser más flexibles, admitiéndose hasta que pernocten en casa del otro padre.

- c) Demostración del cumplimiento de la obligación alimentaria o en su defecto demostrar la imposibilidad de su cumplimiento (innovación del artículo 88 del CDNA). Para el caso de terceros y otros familiares no obligados, esta no se debe exigir.
- d) Las actividades del menor de edad, que deben ser respetadas, pero tampoco se pueden aceptar como una excusa que impida las visitas del padre, por tener un horario muy ocupado con actividades extraescolares, de lo contrario quedaría abierta una puerta para que quien convive con el menor cercene impunemente el derecho de visitas del otro progenitor.
- e) El interés del niño, cada caso deberá ser considerado de manera independiente, dado que cada menor de edad tiene necesidades distintas.
- f) Edad del menor.
- g) Opinión del menor, de acuerdo a su edad, discernimiento y madurez resulta básico escuchar su opinión dado su estatus de beneficiario de este régimen.
- h) La calidad de quien solicita el régimen.

Sea de la manera que sea, lo que sí debe tener una importancia vital, es que el establecimiento y determinación de este régimen debe ser rápido en atención a preservar los lazos familiares y afectivos.

Cabe decir que existe un caso especial dentro del régimen de visitas, que es cuando el progenitor que ostenta la tenencia de los menores de edad solicita que el otro asuma la responsabilidad comunicacional con su hijo, es decir cabe la posibilidad de que quien no cumple con estar y compartir el desarrollo del niño pueda ser exigido que lo haga, se trata de la figura del aumento de régimen de visita, el cual ha sido determinado por la doctrina española²⁴. El incumplimiento mismo de las visitas por parte del

²⁴ VARSÍ. Op. Cit., p 322.

progenitor visitante, dado su carácter de obligación de hacer, no puede ser objeto de cumplimiento forzoso, no obstante la total cesación de las visitas podría configurar un abandono psicológico, que aunque satisfaga las necesidades alimentarias, sea causal de privación de la patria potestad.

1.5. Análisis de los Artículos 84 y 85 del Código de Niños y Adolescentes

De acuerdo con el art. 81 del CDNA, la tenencia de los hijos menores de edad se determina de común acuerdo por los padres, correspondiéndoles decidir cuál de ellos va a ejercer el cuidado directo e inmediato de sus hijos, tomando en cuenta el parecer del menor involucrado. Sin embargo puede darse el caso de que no exista acuerdo entre los padres, o si aquel resultase perjudicial para los intereses de los menores de edad, y entonces; le corresponderá al juez especializado resolver el ejercicio de la tenencia y régimen de visitas.

El Código de Niños y Adolescentes, sufrió una reforma en octubre del 2008, como hemos señalado en líneas anteriores, sobre el régimen de la tenencia compartida y adicionalmente paso a establecer en su art. 84, respecto a las facultades del juez, que: “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta los siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.- ello en razón de no generar daño o trastorno mayor en el menor, con una separación abrupta del padre que lo tuviera a su custodia hasta el momento de definirse la tenencia judicialmente. Salvo como indica la norma, si las circunstancias ameriten, la variación por determinarse que la convivencia que realizaba hasta ahora con su progenitor no ha sido favorable para su desarrollo físico y psíquico como persona íntegra, sino que por el contrario ha generado un detrimento de su personalidad.
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre.- aunque ha sido considerado como un tipo de discriminación hacia el padre, soy de la opinión que por las necesidades, más que nada, fisiológicas del menor en el inicio de su vida, es lo más adecuado

que permanezca con su madre, ya que necesitara de los cuidados que solo está por su fisonomía femenina le podría otorgar.

Claro está que como en todos los demás supuestos, se debe observar el caso concreto, pues de no ser lo adecuado para el desarrollo del menor, es preferible optar por otras alternativas como una madre nodriza o alimentos sustitutos que, valga la redundancia, sustituyan los nutrientes que la leche materna le podría otorgar al menor, y otorgarle la tenencia al padre u otro familiar.

- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.- que como ya lo he señalado líneas arriba, constituye un derecho del niño que está separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con aquellos, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. La finalidad del establecimiento de este régimen es favorecer las relaciones humanas y de no ser respetado o limitado arbitrariamente, se puede solicitar la variación de tenencia o la tenencia provisional.

Tan importante resulta ser este tema que, el CDNA, ha incluido en su artículo el siguiente apartado:

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizara el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

También una regla en materia de tenencia de menores de edad, es la contemplada en el artículo 85 del Código de Niños y Adolescentes, según el cual: “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente”. Pero debemos resaltar que ello no implica que el juez decida siempre atendiendo a los deseos de los menores, es otro parámetro de análisis que se debe tener en cuenta, pero no debe ser determinante en la decisión judicial.

Si bien las manifestaciones del menor de edad no son jurídicamente vinculantes para el juzgador, están deben manejarse con cuidado, pues pueden proporcionar una valiosa información, que hay que saberla interpretar. En todo caso el valor de la opinión que exponga el niño o el adolescente, dependerá de su autenticidad (constatar que le pertenezca al niño es decir que sea realmente suyos y que no sean inducidos por otra

persona, por ejemplo por efecto de la presencia del Síndrome de Alienación Parental con objeto de ganar su preferencia), razonabilidad y conveniencia para el propio menor de edad, con proyecciones más allá de lo inmediato.

Considero que la opinión del niño o adolescente, si bien no puede ser el único elemento a tomarse en cuenta en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica y se debe confrontar con los demás elementos de juicio concurrentes. Que los menores de edad tomen posición en el enfrentamiento de sus padres, es muy común, pero se debe evitar en todo caso que uno de los progenitores intente socavar la relación con el otro progenitor, y que genere que las declaraciones negativas del hijo no tengan sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza sino que por el contrario estén determinadas o influidas por los sentimientos de rechazo que le son transmitidos por aquel con quien convive.

Hare una referencia especial al tema de la importancia de la opinión de los niños y adolescentes, ya que la misma normativa prevé el derecho del niño de expresar su opinión que debe ser escuchada en los asuntos que le conciernan.

Es en este contexto que el juez requiere el apoyo del equipo multidisciplinario, a fin de determinar si la opinión del niño o adolescente está influenciada por el progenitor que ejerce la tenencia de hecho o de derecho (ante una solicitud de variación de tenencia) y así poder determinar de manera justa cuál de los padres es el que está verdaderamente capacitado para ejercer la tenencia y custodia de los menores de edad.

La influencia negativa de uno de los progenitores ejercida al menor de edad, puede generar que la voluntad de aquel se encuentre viciada y no responda a sus verdaderas necesidades ni a lo que realmente desea que se realice en su vida.

Remarco la idea que oír la opinión del niño, la niña y el adolescente dentro de un proceso judicial como fuera de este, significa en general, respetar sus derechos fundamentales. Ya dentro del proceso la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños, se alcanza a través del

debate judicial, el cual debe ajustarse a las normas del debido proceso, solo así se verá al niño como sujeto de derecho con intereses y opiniones propias que merecen protección y que en casos donde se vean involucrados resulta trascendental que manifiesten y se escuche su opinión

1.5.1. Otorgamiento de la tenencia y el Principio del Interés Superior del Niño

Es sabido que en muchos juicios de tenencia o régimen de visitas los niños, sobre todo de corta edad, son tratados como objetos por sus progenitores, quienes lejos de buscar soluciones a sus disputas, se enfrascan en batallas legales con el único fin de ganarle al otro contrincante, por lo que deviene en necesario la intervención de un tercero que proteja al principal afectado y por tanto interesado en una solución justa, que es precisamente el niño o adolescente.

Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general, así pues por ejemplo, atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental a ambos progenitores, aun tras el cese de la convivencia, implica reconocerle al niño el derecho de contar con dos padres que se responsabilicen en su formación.

Adentrándome al punto en desarrollo, el interés superior del niño es el principio por excelencia, que tendrá que considerarse en cualquier debate en torno a la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, etc.; así pues, el Código de Niños y Adolescentes, al regular los criterios que el juez debe tener en cuenta para definir a que padre le otorga la tenencia y custodia del hijo, señala en buena cuenta que la decisión que se tome tendrá que ser la más favorable al menor de edad.

Con esta referencia a lo más favorable al menor, se hace reseña al llamado interés superior del niño que constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso a instituciones privadas, a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que los niños

tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen²⁵.

La determinación de lo que resulte más favorable al niño o adolescente se sustenta en el conocido principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, consignado en el art. IX del Título Preliminar del referido cuerpo legal²⁶ y el precedente inmediato de esta norma nacional está dado en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷.

Basándose en ello, en todo proceso judicial en el que se encuentra involucrado un menor de edad, debe tenerse presente principalmente este principio que inspira tanto la interpretación normativa, como la actividad procesal y decisión judicial, y sumar

²⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño*. Chile, 2004. p. 8. [Consultado el 02.09.2015]. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf>

²⁶ El código de niños y adolescentes establece sobre el interés superior del niño que “En toda medida concerniente 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 considerara el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto de sus derechos” (Artículo IX del Título Preliminar).

²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. ONU, 1989. Artículo 3:

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

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

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

a él, el principio reconocido en el Artículo X del Título Preliminar del CDNA²⁸.

En apertura, debe tenerse en cuenta que el régimen de visitas es un deber y un derecho y, viceversa, de padres e hijos, cuando por diversas razones no conviven juntos, por el cual se permite su contacto y comunicación permanente; pero dicho derecho es fundamentalmente del menor o de la menor de edad, pues a través de él se permite el desarrollo de su identidad paterno y/o materno filial, según sea el caso, así como su aspecto afectivo, emocional y físico, en un marco de paternidad y/o maternidad responsable, que importa para el progenitor(a), más que un derecho, su deber de contribuir en el desarrollo y formación de su hijo(a).

En este sentido, el Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto de sus derechos deben considerarse en cualquier medida adoptada por el Estado y en la acción de la sociedad, conforme lo regulan los artículos antes citados. En virtud de ello, el Juzgador debe disponer un régimen de visitas adecuado, pudiendo variarlo de acuerdo a las circunstancias en resguardo del bienestar del menor de edad.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial; que generaría en buena cuenta un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y debilitaría la tutela efectiva de los derechos del niño.

Sin embargo considero que esto no es así, ya que, el reconocimiento jurídico del interés superior del niño, actuara como principio que permite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valiosos los derechos de los niños y promueva su protección efectiva. En resumen el interés

²⁸ Es así que el código de niños y adolescentes refiere que” El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos” (Artículo X del Título Preliminar).

superior del niño será la satisfacción y vigencia de los derechos fundamentales que estos poseen.

El principio del interés superior del niño ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sean en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares. Es decir el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

En buena cuenta se puede decir que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, desde la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, deja de ser un objetivo social deseable, realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad²⁹.

Este principio es una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra la convención y se identifica con la satisfacción de ellos; es decir el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

Finalmente cabe señalar que la noción de interés superior refiere también, a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la convención, y es en este contexto que el principio permite arbitrar conflictos jurídicos de derecho, recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, permitiendo además llenar vacíos legales en casos concretos.

Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia o Unicef, la determinación del interés superior debe hacerse en

²⁹ CILLERO. Op. Cit., p. 9.

función del corto como del largo plazo, ver al niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos, a la vez como beneficiario de protecciones especiales.

Una propuesta de criterios de valoración a ser aplicados por el juez para definir lo que es en interés del niño, nos la brinda RIVERO³⁰, cuando sugiere que el juez deberá prescindir de sus principios ideológicos y personales y declinando de tales opiniones subjetivas decida de acuerdo con los principios y valores preponderantes del sistema constitucional al momento de pronunciarse. Se debe tener en cuenta que la decisión sobre el interés del menor de edad que debe adoptar el juez no está desligada de una fuerte carga humana, que desborda ciertas perspectivas legalistas y formalistas de los derechos fundamentales y que el criterio y valoración judicial de las pruebas sea realizada de modo discrecional y no autoritariamente, eligiendo libremente la alternativa que sea razonable y justa.

Personalmente agregaría que el juez debe estar bien informado en lo mayor posible de todas las circunstancias que rodean el caso y debe escuchar a todas las partes involucradas, a los padres para demostrar su capacidad de atención hacia sus hijos y a los hijos para saber sus gustos y preferencias reales.

Con lo dicho puedo concluir que el interés superior del niño, es la satisfacción integral de sus derechos, en todos los ámbitos de su desarrollo, siendo uno de los más importantes el familiar, y debe velarse por su salvaguarda al momento de determinar cuál de los progenitores debe otorgársele la tenencia de los menores de edad y a cual el régimen de visitas consecuente.

Debe velarse también porque lo señalado voluntariamente por los padres o por el juzgador acerca de la tenencia y el régimen de visitas sea cumplido de la mejor forma, sin que existan entorpecimientos o impedimentos que más que nada perjudiquen el desarrollo del hijo menor de edad.

³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2da ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 239-242.

Así pues, las relaciones paterno-filiales, deben ser protegidas al momento de tal determinación, porque en buena cuenta son parte del desarrollo íntegro del niño o adolescente, el deterioro de estas debe ser reprochado, mucho más cuando este deterioro parece estar provocado por la influencia ejercida por uno de los progenitores, consciente o inconscientemente, con el propósito de provocar el rechazo injustificado de los propios hijos hacia la figura del otro progenitor, en muchas ocasiones sin que exista un incumplimiento formal del régimen de visitas.

Porque casi siempre nos imaginamos que, el deterioro de las relaciones paterno filiales se da por un atentado expreso y directo hacia la tenencia otorgada, por ejemplo con un secuestro del menor de edad, o hacia el régimen de visitas con un ocultamiento del hijo en los días y horas señaladas para que este se dé, mentiras del progenitor tenedor para evitar las visitas, etc.

Sin embargo existen otras situaciones donde esto no se aprecia expresamente estos atentados, y es aquí donde surgen muchas interrogantes como: ¿debe dar el derecho relevancia jurídica a la relación psicológica que se puede dar entre los progenitores y sus hijos aunque formalmente se esté cumpliendo el régimen de visitas? ¿Se puede considerar maltrato psicológico que uno de los progenitores haga a los hijos menores de edad partes de una campaña de denigración hacia el otro progenitor? ¿Se salvaguarda el interés superior del niño haciéndonos de la vista gorda sobre estas campañas de desprestigio, dejándolas para un campo psicológico ajeno al derecho?

Pues en los últimos años, el Derecho no ha sido para nada ajeno a estas situaciones, y se han emitido un gran número de resoluciones judiciales , reconociéndoles relevancia en temas como la atribución o modificación de la tenencia y el régimen de visitas; no obstante como señale al inicio de este trabajo, dado que la doctrina científica sobre el llamado SAP no es pacífica sobre su existencia y legitimidad, conviene reflexionar desde criterios estrictamente objetivos y jurídicos, y mirando siempre el interés superior del niño, sobre este controvertido síndrome, lo que pasare a desarrollar en el Capítulo II de la presente investigación.

CAPITULO II.
EL CONTROVERTIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN
PARENTAL COMO CRITERIO A EVALUARSE
DENTRO DEL PROCESO DE TENENCIA Y REGIMEN
DE VISITAS

La polémica suscitada en cuanto a la legitimidad ideológica y a la existencia científica del denominado Síndrome de Alienación Parental, entraña el riesgo jurídicamente inasumible, de hacernos perder de vista que en los conflictos familiares el interés superior que hay que tutelar es el de los hijos menores de edad, no el de los progenitores.

Actualmente a nivel mundial se ha desarrollado casuística en donde se hace referencia directa o indirectamente a este controvertido concepto, que también ha hecho su aparición en nuestra jurisprudencia, llegando a las máximas instancias judiciales como son la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional, este hecho muestra que no se trata de un evento ajeno a nuestra realidad jurídica; sino que por el contrario su presencia incide de manera más o menos importante en la toma de decisiones que repercutirán en la vida del niño o adolescente como es la disposición judicial de tenencia a favor de uno o ambos progenitores (tenencia compartida) o la variación de la misma, y hasta podría incidir en casos de suspensión o pérdida de la patria potestad.

No obstante; el SAP cuenta con seguidores y detractores prácticamente en la misma proporción, siendo muy controvertida aun su existencia científica y legitimidad ideológica dado que se encuentra en constante debate de los profesionales de la psicología y la ciencia médica, por lo que el objetivo de estas páginas no es ingresar a aquellas cuestiones que trascienden de lo jurídico, y que le compete resolver a psicólogos, psiquiatras y médicos dedicados a la materia, pero si tratar de poner en relieve los argumentos jurídicos y no jurídicos que sustentan su apoyo como su rechazo, y cuál es su tratamiento por nuestros jueces y tribunales en casos donde de manera directa o indirecta se hace mención a este síndrome o a los llamados indicadores de alienación parental; como ha sido analizado más recientemente por los miembros de los equipos multidisciplinarios de apoyo a la justicia.

Como he señalado en el capítulo precedente, cuando por una u otra causa se llega a la ruptura de una relación conyugal, los ex miembros de esta suelen olvidar que los problemas derivados de ello son exclusivamente de pareja y no deberían inmiscuir a los hijos en tal disputa; sin embargo no podemos desconocer que en muchas ocasiones los hijos se ven involucrados de manera negativa en estos problemas resultando ser los más perjudicados por las desavenencias que afronta la familia; siendo que los menores de edad se convierten en parte activa de la disputa interviniendo y dando opiniones en temas que son de competencia exclusiva de los adultos.

Siendo objetivos, hay que entender que si para una persona adulta resulta difícil mantener la neutralidad entre los polos opuestos de un conflicto, más aun para los niños y adolescentes cuando en estas circunstancias los oponentes son personas con las que se mantiene una historia emocional muy significativa como es la relación paterno filial, por lo que no es difícil encontrarnos con imágenes en que los hijos se involucran en la disputa de sus padres y se vean en la necesidad, dentro de su situación de indefensión, de asegurar el cariño de al menos de uno de sus progenitores, y por su parte para los padres conseguir el apoyo incondicional de los hijos puede convertirse en el objeto del conflicto por mantener el poder dentro de la disputa.

Siendo así la fotografía, el hijo se ve envuelto en un conflicto de lealtades, ya que entiende que también debe ser parte de la disputa y tomar partido por uno de los bandos, esto se acentúa según la edad del menor o su grado de madurez cuando se ve ante este escenario.

Así pues los sentimientos naturales del niño, unidos a la doble presión afectiva a la que se encontrara sometido, pueden llevarle a mostrar un claro rechazo hacia uno de los padres, habitualmente el que se fue, al mismo tiempo que parece proteger al otro, y con su postura pretende garantizar al menos el amor, desde su entendimiento, de uno de sus padres, y al mismo tiempo expresa su protesta por la nueva realidad que se niega aceptar.

Es natural que dentro de una situación de ruptura conyugal existan problemas relacionales entre los miembros de la familia, que deben observarse desde la óptica de problemas de adaptación o de relación de las personas a su nuevo entorno familiar, pues bien es en estas circunstancias que hizo su aparición el SAP, entendido como una patología dentro de estas relaciones familiares de conflicto, patología que cuenta con seguidores y detractores que con argumentos válidos de ambos extremos intentan defender su postura.

A continuación realizare una somera descripción de los argumentos a favor y en contra de este controvertido síndrome, resaltando nuevamente que nos encontramos ante un tema muy profundo que escapa de los alcances de nuestra especialidad, pero que sin embargo resulta ser necesario su análisis para poder ingresar a desarrollar la influencia del mismo en el campo jurídico.

2.1. El controvertido Síndrome de Alienación Parental (SAP)

El llamado SAP se manifiesta como una interferencia a las relaciones paterno-filiales que según lo investigado, no se manifiesta en muchas ocasiones claramente o de una manera expresa, siendo ello así surge el primer problema desde el punto de jurídico, que es la dificultad de disponer de pruebas de la existencia y relevancia jurídica de dichas interferencias, averiguar desde nuestra ciencia cuál es la causa del rechazo o temor de un hijo hacia su padre y sumado así ello genera una situación que sea relevante para el Derecho.

Para entender el concepto de SAP, tal como lo han desarrollado sus defensores, debemos definir en primer lugar el vocablo “síndrome”, así pues el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o de un estado determinado”³¹.

Por su parte la palabra alienación es definida como la “Limitación o condicionamiento de la personalidad, impuestos al individuo o a la colectividad por factores externos sociales, económicos o culturales.”, una mirada más psicológica del término indica que se trata de “un estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad”³².

Sabido esto, nos adentraremos al conocimiento del Síndrome de Alienación Parental tal como fue acuñado por el Profesor de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, Richard Gardner su creador y principal defensor; el cual lo define como: “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña”.

El profesor Gardner fue el primero en hablar del SAP como un problema grave e independiente de otros trastornos post divorcio, que apareció paulatinamente cuando en los juzgados de familia comenzaron a desconocer preferencias de género al momento de otorgar la custodia de los hijos y a fijarse solamente en la capacidad de los progenitores independientemente sea la madre o el padre, por los que estos en su disputa empezaron a necesitar de la complicidad de los hijos y aprendieron a usarlos a favor de uno y en contra de otro, señala además que en este trastorno no solamente encontramos el lavado de cerebro de un progenitor por denigrar al otro sino que también contribuciones de los

³¹REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 23º ed. Madrid: Espasa-Calpe, 2014.

³² Ibíd.

hijos para sostener la campaña de denigración en contra del progenitor alienado.

Además deja muy en claro que si ha existido un abuso real en contra del hijo sea físico psicológico o sexual el SAP no podría existir de ninguna manera.

Así pues la teoría del Profesor Gardner, vista como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales, o mejor dicho que se manifiesta en todo su esplendor en este contexto, ha sido de lo más criticada, y a la vez muy difundida en los medios legales a nivel mundial, finalmente lo que se busca es dar una explicación razonable y digna de ser analizada sobre la interrogante: ¿ por qué un niño que tenía una relación buena y sana con su padre termina rechazándolo después de un alejamiento físico del hogar conyugal o divorcio?, y entenderlo como una patología jurídica , como un ejercicio abusivo de la tenencia³³.

Cabe decir que lo que es relevante para el Derecho, es garantizar que sea cual sea el miembro de la pareja (padre o madre) con quien conviva el niño se ha de garantizar la relación con ambos tras la separación: los regímenes de visita tienen gran relevancia en el desarrollo correcto de la infancia, ya que protegen el vínculo emocional entre el niño y sus progenitores

A continuación, de forma muy elemental, pasare a señalar cuáles son los rasgos característicos o criterios psicológicos de este supuesto síndrome, según la doctrina especializada.

2.1.1.El SAP desde la óptica de sus defensores

Como he señalado en líneas precedentes, el SAP cuenta con detractores y seguidores casi en la misma proporción, siendo un tema bastante atractivo para los estudiosos de diferentes ramas científicas como la medicina, la psicología, la sociología, el derecho, etc., ya que supone una amplia y compleja materia que contrapone aspectos familiares de diversa índole, y donde hasta el

³³ CASTEX, MARIANO. *El injusto penal intrafamiliar*. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencia de Buenos Aires, 1987. p. 339- 453.

día de hoy no existe unanimidad sobre una posible solución al problema.

Lo que a su vez ha dificultado mucho más el camino de llegar a un único criterio, ya sea a nivel médico, y desde nuestra especialidad a un criterio normativo, jurisprudencial o doctrinal, y esto en gran medida también por que no se trata solo de una cuestión meramente conceptual, sino de un auténtico desafío en el terreno de su aplicación.

Lo que me lleva a sostener, que este polémico tema continua en incertidumbre y sigue generando múltiples dudas en el ámbito práctico; por lo que a continuación intentare adentrarme en la posición de sus defensores, los cuales sostienen que el SAP tiene tanta independencia científica como práctica, por lo que seguir en una supuesta controversia sobre su existencia resulta ser algo vano.

2.1.1.1. Características psicológicas del SAP

Adentrándome a una definición más compleja de lo que es el SAP según su creador el profesor Gardner, se estableció ocho características psicológicas, comportamientos observables o “síntomas primarios” que usualmente deben concurrir para que exista SAP y que se manifiestan en las entrevistas del juez o del equipo multidisciplinario con el menor de edad dentro del contexto de procesos de otorgamiento de tenencia, variación de la misma y régimen de visitas. Asimismo se observan cuando ya establecidos los regímenes de tenencia y régimen de visitas existe un impedimento de contacto por parte de uno de los progenitores o turbación de las visitas.

Estas interferencias comenzarían con una obstaculización leve de la relación del hijo con el progenitor no custodio y pueden llegar a ser de tal tipo que nos encontramos ante una verdadera obstaculización en la relación progenitor/hijo de tal magnitud que sería considerado un tipo de maltrato infantil.

A. En el niño, niña o adolescente:

- a) Campaña de denigración.- es la postura del niño como abogado del padre conviviente, el niño está obsesionado con odiar a uno de los padres en este caso al que se fue del hogar, y esta denigración tiene las características de una especie de letanía.

El lapso de separación con el padre denigrado es el ingrediente indispensable que le otorga su motivación para que nazca el rencor que le profesa, existe un fuerte ingrediente emocional ya que el niño se siente abandonado y de poca importancia en la nueva vida de su padre, esto sumado a la unión con el progenitor que ejerce la tenencia el cual también se siente abandonado como él, generan en el niño esta cuasi perfecta identificación y genera tal resentimiento.

Aquí aparece una verdadera tarea de adoctrinamiento del niño por parte del padre que ejerce la tenencia o guarda para que el hijo sostenga el propósito del adulto, lo que implica que no se exprese con libertad y autenticidad, esto puede llegar en casos extremos a una verdadera captación de la voluntad del niño aislándolo de tal modo que este actúa y habla como si fuera el padre alienador.

Con este lavado de cerebro el niño abandona sus sentimientos de devoción al padre alienado para lograr convertirse en un aliado de los argumentos del alienador. El niño ya no podrá pensar por sí mismo sino que actuara por identificación de los argumentos del padre que ejerce abusivamente la tenencia, aunque sin conciencia muchas veces de que fue manipulado y es víctima de un tipo de violencia familiar psicológica.

Las formas para manipular al niño pueden ser de las más variadas, así como también pueden darse de manera inconsciente como por ejemplo promesas de premios, agresividad en los mensajes hacia el otro padre, exposición continua de una versión de los hechos que están sucediendo, etc.

Y lo que es peor muchas veces el progenitor alienante no tiene conciencia del daño que está causando en su

hijo y piensa que lo que está haciendo es por su bien aunque a este en el fondo pese a lo que diga o haga le pueda resultar doloroso odiar y difamar a su otro padre.

- b) La falta de ambivalencia.- el niño ve por el proceso de distorsión de la realidad a la que se encuentra sometido, que uno de los padres es totalmente bueno o perfecto, es decir el padre conviviente alienante, mientras que el otro es percibido como totalmente malo. El niño carece de la posibilidad de evaluar a cada uno de los progenitores en forma realista con sus partes buenas y malas.
- c) Razones débiles, frías o absurdas para el desprecio hacia el otro progenitor.- el niño plantea argumentos irracionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca a su padre o madre, y muchas veces estas expresiones son más intensas en presencia del padre que impide el contacto, otra forma común es que el niño exprese afecto hacia el padre alienado pero lo guarda en secreto ante el alienante. Expresa odio con total frialdad como si se tratara de una actuación en la cual él debe tener el papel del defensor fuerte.
- d) Apoyo al progenitor alienador.- los niños aceptan incondicionalmente las alegaciones del padre aceptado contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquel miente. Para el padre alienador el hijo se convierte en el medio con el cual se puede dañar al ex cónyuge, exhibiendo sus errores, debilidades, carencias como persona, distorsionando su imagen ante el juzgado y ante los ojos del niño.
- e) Fenómeno del pensador independiente.- los niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de los padres es totalmente suya, niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado, con cual también creen protegerlos de cualquier ataque por parte del juzgado o del otro padre. Como se refirió líneas arriba, el SAP conlleva necesariamente a que no solo se

trate de un lavado de cerebro porque también se necesita que el propio niño añada su contribución individual a la campaña de denigración del padre no conviviente.

- f) Ausencia de culpa hacia la crueldad contra el padre alienado.- el niño no expresa culpa ni muestra miedo de insultar al padre no conviviente, aunque lo vea angustiado o hasta llorar por eso. El padre alienador fomenta una omnipotencia en el hijo menor de edad que generan ese sentimiento hasta de superioridad hacia su padre alienado.
- g) Presencia de escenarios imprecisos o borrosos. Lo dicho por los niños son inconsistentes en cuanto a precisiones de contenido de lugar y espacio, la calidad de los argumentos parece ensayada, usa frases que no son propias del lenguaje de los niños.
- h) Extensión de animadversión a la familia extensa y amigos del progenitor alienado.- el niño también odia o denigra a sus abuelos tíos y primos.

Personalmente de los casos analizados podría agregar como indicadores de alienación la presencia de contradicciones en las historias de denigración que narra el menor de edad en sus entrevistas, asimismo que tenga conocimiento de información innecesaria para su relación paterna filial o detalles muy poco apropiados para el sobre la ruptura de la relación de sus padres, siempre haciendo ver que uno de sus progenitores es el malo y el otro el bueno víctima de los hechos. Por parte del progenitor alienante la presencia de denuncias falsas solo por desacreditar al ex cónyuge y mostrarlo como una mala persona.

B. En el progenitor alienador:

También podemos distinguir algunos síntomas del padre/madre alienador, según la postura definida por Gardner, y que son tomados en cuenta por los equipos

multidisciplinarios al momento de emitir sus informes psicológicos como indicadores de la existencia de alienación.

Así pues para el progenitor alienador, el tener el control total de sus hijos es una cuestión de vida o muerte. No es capaz de individualizar. Se observa una actitud con sus hijos de estrecha relación que va más allá de la simple relación padre-hijos. Les hacen participar en todas sus ideas, problemas y preocupaciones.

El progenitor alienador no respeta las reglas y no tiene costumbre de obedecer las sentencias de los tribunales. Cree que las reglas son para los otros y es incapaz de ver la situación desde otro punto de vista que no sea el suyo, especialmente del de sus hijos. En ocasiones tiene dificultades para diferenciar entre decir la verdad y mentira.

Por otro lado se observa que el progenitor alienador finge de manera hipócrita su esfuerzo en empeñarse para que los hijos visiten al otro progenitor. Manifiesta su deseo de que sus hijos vean a su padre, pero no ofrece ningún reparo en manifestar delante de los menores de edad todas las quejas que tiene sobre el padre.

Finalmente durante una evaluación el progenitor alienador puede mostrar fallos en su razonamiento. Se basa en mentiras e ilusiones, llegando en ocasiones a lo absurdo y lo increíble.

Cabe decir que muchas veces también el progenitor alienador, no es del todo consciente del daño que está produciendo en sus hijos, daños psicológicos y emocionales que a corto y largo plazo traerán consecuencias nefastas para el niño o adolescente.

Se plantean además, dentro de la teoría de Gardner, tres tipos de alienación la de tipo ligero que es relativamente superficial y los niños si cooperan con las visitas, aunque puedan mostrar cierto disgusto, la de tipo moderado los hijos están más negativos e irrespetuosos y la campaña de

denigración puede ser continua y la de tipo severo en la que se ve a uno de los progenitores como un monstruo con el cual no se puede pensar ni en visitas que suelen convertirse en imposibles y muchos menos en convivir totalmente con él.

También, se estima, sobre el SAP que el padre rechazado puede contribuir en la continuidad del síndrome mediante la combinación de hostilidad reactiva y persecución tenaz porque a la fuerza lo vuelvan a querer, o todo lo contrario alejarse buscando de cierta forma también el bien del niño, porque tampoco tiene la visión de que lo que le está aconteciendo al menor de edad es manifestación de la violencia familiar de la que está siendo víctima dentro de su propio hogar.

Según el momento de aparición del SAP se puede distinguir un rechazo primario de uno secundario, según aparezca inmediatamente después de la ruptura o en periodos posteriores³⁴.

Los autores que defienden la existencia del SAP, señalan que este no aparece de repente, se trata de un proceso gradual y constante, y muchas veces la falta de contundencia y lentitud judicial en tomar decisiones al respecto puede fomentar la mayor injerencia del síndrome y provocar graves trastornos mentales en los menores de edad (trastornos de ansiedad, trastornos de sueño y alimentación, trastornos de conducta, etc.)

2.1.1.2. El síndrome de alienación parental contra el interés superior del niño: Violencia intrafamiliar

A lo largo de las líneas precedentes de este trabajo de investigación, he señalado que muchos autores defensores de la existencia de este controvertido síndrome, definen al SAP como una forma de violencia familiar que como tal, al ser asolapado o escondido detrás de imágenes proteccionistas,

³⁴ SEGURA, GIL, SEPULVEDA. *El síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato infantil*. Madrid: Cuadernos de Medicina Forense, 2006. p. 124 y 125.

solo genera una vulneración contra el interés superior del niño y lo que este atañe como finalidad última de los operadores del derecho y la sociedad en sí, en casos donde se ven involucrados menores de edad³⁵.

El núcleo de la sociedad es la familia la que se encuentra conformada básicamente por los padres y los hijos, siendo la base de la familia la pareja, la que elige libremente compartir un proyecto de vida en común donde deben reinar los valores y buenos ejemplos.

Sin embargo el modelo tradicional de familia ha sufrido grandes cambios en los últimos años existiendo en las últimas décadas un gran incremento de separaciones y divorcios; no siempre todo es armonía, existen innumerables factores que conllevan a la separación de una pareja, actualmente una de las causales que se encuentran en mayor medida es la violencia familiar.

La violencia dentro de la familia es una situación que lamentablemente afecta indistintamente a la condición social o nivel cultural que se posea, y es un fenómeno que afecta no solo a la pareja sino que también involucra a los hijos, quienes en buena cuenta resultan ser los más perjudicados, y esta violencia muchas veces no solo se vive mientras que existe una convivencia sino también después que se disuelve el vínculo matrimonial, siendo los niños en mucho caso utilizados por sus padres para solucionar sus problemas personales.

Dando un concepto de violencia familiar podemos definir a esta como las agresiones físicas, psicológicas, sexuales, o de otra índole llevada a cabo reiteradamente por parte de un familiar y que causa un daño físico y/o psicológico vulnerando la libertad de la otra persona³⁶.

³⁵ *Ibíd.*, p. 125 y ss.

³⁶ CANALES TORRES. *Op. Cit.*, p. 125.

En la legislación peruana a través de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres y Los Integrantes Del Grupo Familiar Ley 30634³⁷ la cual deroga a la antigua Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar; en su Capítulo II Definición y tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se señala se entenderá como violencia contra las mujeres cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entiende por violencia contra las mujeres: a) la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual. b) la que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Y c) la que sea perpetrada o tolerada por los agentes del estado, donde quiera que ocurra.

Y según el art. 6 del mismo cuerpo legislativo se entenderá por violencia contra los integrantes del grupo familiar a 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.

³⁷PERÚ. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Lima, 2015. p. 3.

Según la definición médica se considera violencia familiar a toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica o incluso la libertad de otro miembro de la familia³⁸.

Existen varios tipos de violencia según lo señala nuestro ordenamiento jurídico, así pues el art. 8 de la citada Ley 30634 señala que los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son: a) violencia física que es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. b) violencia psicológica que 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 (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). c) violencia sexual que son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación. Y d) violencia económica o patrimonial que es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; 2. la pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos,

³⁸ FERREYRA, BRENDA. *Violencia familiar y medicina*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 58-75.

instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; 3. la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias; y 4. la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

En los casos donde existiría alienación a un miembro de la familia, nos encontramos sobre todo frente a casos de violencia psicológica, aunque no se descarta la física, ya que se tratan de casos en donde el padre o la madre que convive con el menor de edad o que lo visita frecuentemente realiza acciones u omisiones destinadas a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de los hijos, por medio de manipulación y en algunos casos intimidación hasta amenazas directas o indirectas.

Esta influencia paternal negativa, es en muchos casos (sobre todo en los casos de SAP moderado o grave como señala la doctrina versada en el tema) considerada una forma de violencia, una de las formas más sutiles de maltrato infantil, casi desconocida hasta ahora, pero que está cobrando vigencia día a día y que produce un grave daño en el bienestar emocional y en el desarrollo de los menores de edad que lo sufren. Pues se termina alienando al hijo, alejándolo de una realidad familiar, para aislarlo y llegar, en la mayoría de los casos, a mantener una convivencia monoparental, cuando lo más conveniente y favorable para el menor de edad, es la convivencia con sus dos padres, y si esto no es posible, mantener relaciones personales con aquel padre o madre que no vive con él, pero que de ninguna manera debe convertirse en un extraño ajeno a su desarrollo y perfeccionamiento como ser humano.

Pero también debemos señalar que cuando el menor haga referencia a la existencia de situaciones extremas, como el abuso sexual, el abandono, los maltratos físicos o psicológicos, y previa comprobación de que no se trata de

una fantasía, se debe realizar un análisis exhaustivo de sus declaraciones ya que de resultar verdaderas, su opinión adquiere la mayor relevancia, sea para determinar la tenencia, para privar de visitas o la variación de las mismas, y en estos casos como es obvio no nos encontramos ante un caso de Síndrome de Alienación Parental o de Indicadores de alienación, ya que en buena cuenta no existiría ningún tipo de alienación que conduzca a que el niño o adolescente mienta o manipule la realidad; sino que por el contrario nos encontramos ante una situación real por más dura que parezca.

Es sabido que la separación de los padres en si ya genera en los hijos sentimientos de dolor y confusión, lo que conlleva en muchos casos a un daño psicológico y por ende se encuentran más frágiles ante el remolino de situaciones que atraviesan, sumado a su falta de madurez natural por la etapa biológica que viven, y es allí donde el progenitor con el que conviven realizando un ejercicio abusivo de la tenencia que ejerce ya sea de hecho o por resolución judicial o conciliatoria; puede ingerir en los sentimientos de este hijo hacia el otro progenitor no conviviente, hasta sumergirlo en el odio y con ello impedir el derecho de comunicación y visitas que debe existir para el desarrollo completo y correcto de la personalidad del menor de edad.

Así pues; la existencia de rechazo a uno de los progenitores va a suponer la aparición de conflictos en el desarrollo del régimen de visitas, ante esta situación es que uno de los progenitores, normalmente el rechazado, pondrá en conocimiento del órgano judicial la situación a fin de dar una solución a la problemática que se enfrenta.

Cuando se entra en contacto con el sistema legal es que los profesionales de la ciencia jurídica adquieren responsabilidad en resolver el problema suscitado.

Personalmente considero que en este tipo de impedimento de contacto entre padres e hijos, desencadena un tipo de violencia familiar que; con independencia del

nombre que le demos, que no puede ser desconocida por las personas que se encuentren en el contexto de toda esa crisis que se atraviesa por la ruptura del hogar conyugal, así pues independientemente del reconocimiento del SAP como tal con sus características propias, no podemos seguir amparando la falta de atención al problema en sí y continuar en el desconocimiento por parte no solo de las autoridades sino de la sociedad que muchas veces no le da la importancia debida al tema; ya que cada vez son más los padres, refiriéndome con ello a madre y/o padre, que utilizan a sus hijos como armas en contra del otro progenitor, y es evidente en los procesos de familia encontrar ciertos indicadores de alienación que deben ser tomados en cuenta por los juzgadores al momento de emitir sus resoluciones.

Siendo esto así, y apoyados en los informes psicológicos que deberán realizar los especialistas miembros de los equipos multidisciplinarios de apoyo a la justicia los cuales deben dejar sentados los indicadores de alienación de tener evidencia de la existencia de estos; sería evidente que el menor de edad es objeto de abuso emocional, programado para pensar que su progenitor no conviviente es su enemigo, lo que a la larga traerá como consecuencias que se verán en el propio hijo, quien afrontara problemas en su personalidad como baja autoestima, extrema sumisión, debilidad, manipulable, depresión, conductas agresivas, trastornos de sueño y alimentación, etc.

Como he señalado líneas arriba, el SAP o los indicadores de que existe una alienación en el menor de edad; no aparece de repente, se trata de un proceso gradual y; en mi opinión ante la presencia de las características este síndrome se deben tomar decisiones rápidas en sede judicial que eviten mayores daños en el niño o adolescente, así pues normalmente en la jurisprudencia donde se ha amparado este síndrome, se ha optado por una variación de tenencia automática de ser que el niño aún puede “soportar” volver a convivir con el progenitor alienado (en casos de SAP leve a moderado) y si el caso es muy grave será progresiva para no causar mayores traumas en el menor, que de hecho se negara

rotundamente a volver a retomar la convivencia con el progenitor víctima; sin embargo han existido casos que pese a lo anteriormente dicho el juez ha optado por una variación de tenencia inmediata por considerar que mantener a los menores de edad con el progenitor alienante solo causaría mayores daños sobre estos, tal como lo observare en las sentencias que se analizaran más adelante.

Que tratando este fenómeno (no solo al SAP en sentido estricto sino a cualquier obstaculización o impedimento de contacto del hijo con su progenitor no custodio) como una forma de maltrato hace viable que dentro del marco legal de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se puedan dictar a favor del menor de edad medidas de protección adecuadas, atendiendo siempre al principio de interés superior del niño; asimismo dársele el tratamiento de víctima de violencia familiar que permita disponer un tratamiento psicológico adecuado tanto al niño o adolescente como a los padres involucrados a fin de buscar revertir estas situaciones, pensando siempre en el bienestar de los menores de edad y buscar su mejor desarrollo.

2.1.1.3. El síndrome de alienación parental como vulnerador de los derechos fundamentales del niño y adolescente

Para dar inicio a este apartado de mi investigación, debo señalar nuevamente que siendo la familia la base fundamental de la sociedad, como tal se encuentra no solo protegida por nuestra Constitución sino también en la legislación internacional donde se le considera como un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁹; por otro lado existen normas de

³⁹ Algunos instrumentos internacionales refieren ésta especial importancia de la familia en el desarrollo de toda sociedad como por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16): “(...)La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. VI): “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para

nuestro ordenamiento interno que profundizan en una protección especial dando sustento a la prioridad de los derechos de los menores de edad, en efecto; se fijan principios de rango supremo con el fin de garantizar un mejor trato hacia los niños y adolescentes, así por ejemplo tenemos el art. 4 de nuestra Constitución Política el cual se encuentra destinado a preceptuar la protección del niño, anciano, adolescente y la madre en situaciones de abandono y el mismo dispositivo agrega que la comunidad y el estado protegen a la familia y promueven el matrimonio.

También encontramos el ya analizado líneas arriba, Principio del Interés Superior del Niño en el artículo IX del título preliminar, que si bien se encuentra recogido en este artículo del cuerpo legal; en buena cuenta es el pilar fundamental dentro de cualquier desarrollo normativo que involucre de cierta manera a menores de edad.

Asimismo a nivel de la normativa Internacional, aplicable a nuestro ordenamiento, rige lo establecido en el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, en el cual consta la indicación de que el niño para el pleno y correcto desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión; además de que siempre que sea posible deberá crecer al amparo de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra el interés superior del niño en todas las medidas que lo conciernan.

Excede a la temática de este trabajo, analizar cada una de las normas que recogen derechos fundamentales de los menores de edad, pues en buena cuenta el Estado realiza una extensa protección para estos seres humanos que por su misma condición denotan mayor recelo en su cuidado.

ella”, y también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23): “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Así que me limitare a hacer referencia a que los defensores del SAP sostienen sus argumentos en que, el menor de edad involucrado en un proceso legal de tenencia y régimen de visitas después de la ruptura conyugal de sus padres debe ser sujeto de una mayor protección a la antes descrita, ya que los indicadores de la existencia de algún tipo de alienación en el niño o adolescente, sería un grave vulnerador para los derechos fundamentales de los menores de edad, recogidos taxativamente en una norma como no.

Es sabido que en el momento de una ruptura conyugal, y al entrar al análisis de cuestiones como la tenencia y el régimen de visitas de los menores de edad, se ponen en juego derechos fundamentales de estos como es su derecho a mantener contacto con ambos progenitores independientemente si lleva una relación de convivencia con ellos o no; y es justamente este derecho, uno de los que el controvertido SAP atentaría, fuera de otros como el ya mencionado derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente donde primen los buenos ejemplos, buenos tratos y amor, el derecho a la salud e integridad física y psicológica del menor, etc.

La presencia de menores de edad alienados, es muestra de la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de estos, y lo que es más reprochable es que es generado por uno de los padres, que realiza tal manipulación en el hijo, que generara un rechazo tan notorio, que hasta llegan a generar en el niño o adolescente una mutación de su personalidad presentando un comportamiento totalmente diferente al de cualquier niño normal.

Ante lo dicho, señala la doctrina defensora del SAP, es indispensable que dentro del proceso judicial, los operadores jurídicos apoyados por un equipo multidisciplinario, formado por profesionales de la salud competentes, diagnostiquen la existencia de indicadores de alienación o de otros trastornos, en el menor de edad sujeto del litigio; porque eso ayudaría a saber cuál de los padres es el problema y por tanto el violentador del hijo y vulnerador de sus derechos, aunque

muchas veces (lo que es otro de los síntomas de este síndrome) el menor de edad se levante como su defensor y se identifique con el mismo⁴⁰.

Pese a lo anterior es necesario señalar que no debemos olvidar que los peritos, tiene la misión de ilustrar, asesorar y aportar sus conocimientos como colaborador de la administración de justicia; por lo tanto no es su labor establecer conclusiones tendientes a determinar la sentencia, sino transmitir sus conocimientos específicos de forma clara para que los actores del sistema judicial puedan considerar elementos que serán valiosos al momento de tomar su decisión. Este peritaje elaborado por los especialistas médicos, es un instrumento probatorio que sumado a los demás que se aporten al proceso fundaran la decisión que se adoptara.

Pero una vez descubierta la presencia de estos indicadores de alienación (situaciones que reúnen en mayor o menor medida las características que analizamos líneas arriba pertenecientes según sus defensores al SAP) considero que otorgarle sin más la tenencia al progenitor víctima, es decir al padre que el hijo rechaza, no sería del todo la solución óptima, pues podría traer más conflictos y decepciones en el afán de mejorar las relaciones paterno filiales; considero que lo mejor sería en primer lugar destinar una terapia psicológica urgente para ambos padres y los menores afectados, y optar por un régimen de visitas amplio que poco a poco pueda permitir una variación de la tenencia o en el mejor de los casos optar por la figura de la tenencia compartida.

Si el caso resulta ser muy grave, considero también que otra propuesta de solución sería buscar un mediador, es decir un tercero, que podría ser un familiar cercano con buena disposición, capaz de alivianar la carga psicológica del menor

⁴⁰ Similar situación que se muestra en el Síndrome de Estocolmo donde las personas víctimas de secuestro terminan identificándose y protegiendo a su victimario; su secuestrador.

de edad que se encargue de su cuidado, en tanto los padres reciben un tratamiento para llegar a una solución clara.

Considero que lo más adecuado, y siempre analizando el caso concreto, sería alejar al hijo momentáneamente de ambos progenitores mientras dure este proceso de rehabilitación emocional y el régimen de visitas se otorgue a ambos padres; obviamente de que un tercero se haga responsable del niño o adolescente no implica que los padres deban desentenderse de los gastos y cuidados de este, ya que si bien es cierto los padres se encuentran recibiendo un tratamiento, esto no los desliga de sus obligaciones, precisamente como padres para con sus menores hijos.

Lo que si debo señalar nuevamente es que, al margen de cuál sea la postura que se sostenga en cuanto a la existencia y legitimidad del SAP, es evidente que tras todo su debate existe lamentablemente tensiones y problemas graves que afectan el normal desarrollo y mantenimiento de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de pareja, esto es una realidad, que obviamente interfiere en el desarrollo psicológico, emocional y afectivo de los menores de edad involucrados; y es ante esto que los jueces, fiscales, abogados y profesionales varios (psicólogos, médicos, etc.) deben responder y salvaguardar los intereses de los menores de edad que es lo que jurídicamente hablando no se puede dejar de atender en ningún caso.

2.1.1.4. El SAP en el pronunciamiento judicial: El diagnóstico diferencial, la terapia de amenaza y el terapeuta del SAP

Los defensores del SAP acuñan toda su doctrina en los elementos específicos y especiales que a decir de ellos se desarrollan una vez ingresado el SAP (diagnosticado) dentro de un proceso judicial.

El diagnóstico diferencial, la terapia de la amenaza y el terapeuta especializado en el SAP, estarían íntimamente vinculados.

El diagnóstico diferencial es dinámico, actúa a través del tiempo. Puede aumentar o disminuir en intensidad, aunque Gardner apoya más bien la primera posibilidad. Sobre él gravita la terapia de la amenaza, como forma de coacción, tanto sobre el progenitor alienado como sobre el niño. Dependiente uno de otro, la terapia se intensifica o decrece al mismo ritmo que lo hace el diagnóstico diferencial. El terapeuta especializado en SAP, es el nuevo profesional designado por el juzgado con capacidad para valorarlo y dotado de poder para sugerir su ejecución⁴¹.

Diagnóstico diferencial

El elemento del SAP que mejor representa y materializa un argumento circular lo constituye el «diagnóstico diferencial» que es el sistema empleado para clasificar los distintos grados o niveles del síndrome. Como veremos después, según la teoría de Gardner, esta clasificación afectara al tipo de medidas que se emprenderán judicialmente.

Existen pues dos tipos de diagnóstico: El primer diagnóstico, a la vez que detecta el adoctrinamiento en el niño, diagnostica al progenitor alienador de forma prácticamente automática, pues esto es su conclusión lógica.

El segundo diagnóstico se basa en dos fuentes de información: El propio expediente judicial (que ahora debería tener el tratamiento de expediente clínico). Y sobre todo en base a las reacciones a posteriori del progenitor y del niño ya diagnosticados, y que tienen lugar conforme se van ejecutando las acciones judiciales reflejadas en la sentencia. De esta forma, toda reacción entendida como no razonable será diagnosticada (dentro del paradigma que los considera

⁴¹ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. *Análisis sobre las bases científicas del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) y los riesgos de su aplicación como “trastorno médico y psiquiátrico” en los juzgados de España*. Madrid. [Consultado el 29.09.2015]. Disponible en: <<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=755> >

ya “progenitor y niño SAP”) como síntoma adicional del SAP y sobre todo, señal de agravamiento sintomático.

El contexto cambia cuando se diagnostica SAP, todo cobra un nuevo sentido. El propio SAP es el nuevo contexto del diagnóstico diferencial y como diagnósticos diferenciales se definen tres niveles de SAP: leve, moderado y severo, a los cuales hicimos referencia líneas arriba.

Una vez realizados los dos diagnósticos, las medidas y tratamientos se adoptarían en función de una relación establecida entre cada uno de los tres niveles diagnosticados en el alienador y los niveles correspondientes diagnosticados en el niño.

La terapia de amenaza

Es un concepto acuñado por el profesor Gardner, por el cual se podría manipular a la gente que no coopera, gravitando fundamentalmente sobre el cambio permanente de custodia⁴².

Esta amenaza según el Dr. Gardner deriva del poder ejecutorio de los jueces, quienes tendrían la potestad para señalar a un terapeuta determinado a fin de que este se pueda involucrar en el caso y llevar a cabo las medidas del SAP⁴³.

Esta terapia de amenaza estará básicamente pensada como periodos de prisión u hospitalización psiquiátrica tanto para el progenitor alienador como para el menor de edad, a modo de recordatorio que su actuar no es el correcto y que no se permitirá continuar ejerciendo la manipulación sobre el menor.

⁴² GARDNER, RICHARD. *Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families. When psychiatry and the law join forces* [Enfoques psicoterapéuticos y legales a los tres tipos de familias con el síndrome de alienación parental. Cuando la psiquiatría y la ley unen sus fuerzas]. EEUU: Addendum, 1991. p 14-21.

⁴³ Así, para los seguidores del SAP, el progenitor alienador, al igual que el hijo alienado están bajo la influencia de la programación; son necesarias por tanto coacciones judiciales y amenazas reales que no sean ignoradas llevando a una seuda impunidad.

El terapeuta especializado en SAP

Es una figura nueva que ingresa de la mano de la teoría de Gardner, según este el poder de este profesional viene derivado de los juzgados, y su principal función será evaluar a lo largo del tiempo, proponer medidas y sobre todo actuar con el poder de la terapia de amenaza.

El concepto de terapeuta especializado en SAP lo define Gardner señalando diferencias de estos especialistas con otros terapeutas de salud mental: “Los terapeutas que trabajan con los niños del SAP deben sentirse cómodos con métodos alternativos de terapia, la terapia que implica un enfoque autoritario al tratamiento. Ellos deben sentirse cómodos amenazando a padres alienadores así como a los niños de que habrá consecuencias si ellos violan el programa de visitas ordenado por el juzgado. Tales terapeutas deben sentirse cómodos con enfoques de confrontación, el propósito de los cuales es desprogramar a niños con SAP. Ellos deben reconocer que hacer lo que los niños manifiestan puede no ser sus mejores intereses. Lo que es el mejor interés en los casos de SAP es que los niños sean forzados a visitar al padre alienado. Los terapeutas que no se sientan cómodos con lo que yo llamo "terapia de la amenaza" no debe trabajar con las familias de SAP”⁴⁴.

Al terapeuta del SAP se le dará también entre otras capacidades, el seguimiento o evolución de la medida. Con frecuencia, si no siempre, este seguimiento (y sus informes) lo hará el mismo profesional que diagnosticó y propuso la medida de cambio de custodia.

⁴⁴ GARDNER, RICHARD. Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study [*En caso de que los tribunales ordenen sobre el SAP que ¿los hijos visiten o residan con el progenitor alienado? Un estudio de seguimiento*]. EEUU: Addendum, 2001. p. 61-106.

2.1.1.5. La defensa del SAP por sus seguidores: ¿Qué no es Síndrome de Alienación Parental?

Adentrándonos en la doctrina que se desarrolla en torno al debate de la existencia y validez del SAP, sus seguidores señalan enfáticamente que, muchas de las críticas al llamado Síndrome de Alienación Parental surgen del error de denominar así a situaciones que el propio Dr. Richard Gardner se encargó de remarcar que no son alienación parental; ya que no se puede negar que cuando se da una ruptura conyugal es en cierta forma normal que el niño critique a uno de sus padres, sobre todo al que se va del hogar, pero, y aunque cada caso es diferente; no se puede considerar como normal el llegar a una campaña de descrédito o de rehusamiento extremo de recibir visitas del mismo.

Decir que estas conductas que pueden entablarse de manera normal en cualquier relación paterno filial que atraviesa problemas, son muestra de algún tipo de alienación, sería un grave error, ya que la diagnosis del mismo no se hace en base a los esfuerzos por alejar al niño del padre, sino de las conductas específicas de rechazo de aquel producidas por el ex cónyuge⁴⁵.

Asimismo si existiera, un abuso real de cualquier tipo físico psicológico o sexual, que causara el rechazo del niño hacia uno de los padres, tampoco se trata de SAP, ya que en estos casos el rechazo es apropiado y tiene una base realista.

Cabe decir que muchos progenitores han utilizado en forma fraudulenta la supuesta existencia del SAP para encubrir algún maltrato real, lo cual hace extremadamente difícil para el juez determinar la mejor decisión en el caso concreto, y es una de las razones por la que el SAP se sigue discutiendo en muchas salas de debate jurídico y psicológico;

⁴⁵PEDROSA, DELIA. *Síndrome de Alienación Parental Procesos de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores*. Buenos Aires: García Alonso, 2008. p. 125 y ss.

sin embargo frente a esta objeción no podemos olvidar que el eventual reconocimiento de efectos jurídicos a este síndrome llamado SAP directamente o indicadores de alienación, solo se hará a través de una resolución judicial motivada, después de llevarse a cabo un proceso con todas las garantías procesales pertinentes, dentro de las cuales tendrán un papel importante los informes de los equipos multidisciplinarios, siempre mirando el caso concreto, y se necesitará acreditar que el rechazo de los hijos hacia uno de los progenitores sea injustificado.

En otras palabras, los indicadores de alienación no solo se muestran con una programación o lavado de cerebro, sino que es la combinación de este tipo de inculcación maliciosa y lo que produce en el menor de edad: es decir, la contribución de este a una campaña de denigraciones en contra del progenitor no conviviente, y esto es lo que lo hace específico, según la doctrina que lo defiende único y diferente a otros problemas en las relaciones paterno filiales y como un problema grave e independiente de otros trastornos post-divorcio

El SAP, y todo el contexto que trae consigo, encierra un problema preocupante y que debe ser atendido como prioritario cuando se da en desmedro de un progenitor que a su vez, haya sido en la primera infancia una de las principales figuras cuidadoras del niño en cuestión (padre o madre que lo crio), ya que el tipo de apego que desarrolle un niño con su cuidador será sumamente importante e influyente en todos los tipos de relaciones que posteriormente, como adolescente o como adulto, desarrolle y mantenga con los demás.

El niño, velando por su interés superior, debe permanecer con el progenitor que le brinde el vínculo más sano y fuerte psicológicamente, que se base en su capacidad parental, en valores, en compromiso educacional, en preocupación por su salud tanto física como mental y que también aprecie el rol del otro progenitor y que acepte su cooperación.

No es sencillo distinguir entre el simple alejamiento, abuso real y el SAP, pero poco a poco debemos adéntranos en conocer más sobre este síndrome y establecer claramente que actitudes de alguna manera interfieren en la relación directa y regular entre el hijo menor de edad y su progenitor no conviviente, que se tengan más que claros cuáles son esos indicadores de alienación que más allá de su aun discusión científica, ahora mismo ya están creando un perjuicio al niño y vulnerando sus derechos fundamentales, algo ante lo cual no puede permanecer inmutable la ciencia jurídica.

2.1.2. El SAP desde la óptica de sus detractores: Confrontación entre las principales críticas y defensas del Síndrome de Alienación Parental

Tal como ya he señalado líneas arriba el SAP cuenta con un numero de detractores casi similar al de seguidores; son muchos los autores especialistas en la materia, que confrontan sus argumentos en pos de introducir el controvertido SAP como un verdadero estandarte de las nuevas problemáticas familiares post separación, como de enfáticamente señalar que se trata de solo un constructo ideado para ser utilizado como instrumento de defensa de padres acusados de incesto y/o abuso⁴⁶.

A continuación realizare un resumen a modo de confrontación a las principales críticas al Síndrome de Alienación Parental entre sus seguidores y sus detractores ya que desde que el SAP fue descrito como tal e introducido por el Dr. Richard Gardner en el año 1985, han surgido críticas a su teoría, que van desde que no puede tratarse de un síndrome hasta que no es posible admitir los peritajes en juicio por qué no se cuenta con suficiente investigación empírica que sustente su exhibición probatoria.

En primer lugar, no podemos desconocer que efectivamente la discusión que se cierne en torno a la existencia de este síndrome hace muy difícil su inclusión probatoria dentro de los procesos

⁴⁶ VACCARO BAREA, Sonia. *El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetúa el maltrato y la violencia*. Madrid: Desclee de Browner, 2009.

judiciales; asimismo de mi investigación he notado que existe en general desconocimiento del problema, es más de la existencia del síndrome en sí jurídicamente hablando, ello en gran medida porque aun en el campo de la psicología y la psiquiatría sigue siendo todo un misterio, sin embargo tal como he señalado líneas arriba son más los jueces que señalan de alguna forma al SAP o sus características para tratar una problemática que si es innegable para el derecho pues ataca el interés superior de los niños que es aquello que debe protegerse en todos los casos donde entren en juego intereses de estos.

Es necesario para ello que, el juez reciba conocimientos sobre estos temas; y además debe contar con la ayuda del equipo multidisciplinario con conocimientos especiales y preparados, de preferencia psicólogos o psiquiatras, para que los instrumentos que utilicen solucionen el problema, independientemente de la denominación que se le quiera dar.

En el Perú no existe una legislación para tratar situaciones de obstaculización del vínculo en los escenarios jurídicos de tenencia o régimen de visitas, es más nuestras autoridades judiciales, tienen mucho desconocimiento sobre el tema en general, ya no hablemos del SAP; que se concluye normalmente que; carece de evidencia científica que muestre la validez del síndrome como tal, la OMS como el APA no han aceptado la existencia del SAP, el Ministerio de Salud no considera alienación parental por no hallarse evidencia empírica que demuestre su validez, asimismo establece evaluaciones psicológicas de acuerdo a los cuadros clínicos que se abordan en las Guías de Prácticas Clínicas, previa consulta con expertos en la materia.

Por su parte la Academia de la Magistratura, que es la institución oficial del Estado, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú, ha considerado pertinente no hacer referencia directa al SAP como tal sino más bien que en los informes periciales se haga referencia a los indicadores de alienación; ello debido en gran medida al debate científico e ideológico que se ciñe entorno a este a su existencia y

validez probatoria dentro de un proceso judicial, sin embargo poco a poco encontramos referencias directas o indirectas al mismo en la jurisprudencia nacional; en donde en muchos casos se desarrolla como una forma de vulneración los derechos fundamentales del menor de edad, como una forma de abuso infantil y abuso del derecho por parte de uno de los progenitores.

En el punto que me encuentro de esta investigación, pasare a aproximarme a las principales críticas de las cuales el SAP ha sido objeto y los argumentos con los cuales sus defensores han querido hacer frente a las mismas, disputa que en buena cuenta hacen que su inclusión como un factor determinante en las decisiones judiciales sea aun problemática, y que la Academia de la Magistratura haya optado por señalar a los equipos multidisciplinarios que en sus informes psicológicos no hagan referencia al SAP directamente, sino a ciertas características de este como indicadores de alienación.

La más extendida y con mayores adeptos es su falta de base científica señalando que el SAP no es por el momento un síndrome, ya que los diversos síntomas que lo compondrían no se encuentran del todo probados; sumado a que no se encuentra incluido en la actualidad, en ninguna de las dos clasificaciones de enfermedades mentales que cuentan con mayor reconocimiento a nivel internacional; ni en el International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuyo capítulo V está dedicado a las enfermedades mentales, ni en el DSM IV (Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders).

Por lo tanto no se podría aplicar o indicar técnicas psicológicas que no se encuentren avaladas en los ámbitos científicos, académicos o profesionales reconocidos a nivel internacional; ya que de lo contrario se estaría vulnerando gravísimo los derechos de los niños establecidos en los documentos

internacionales como es la Convención Internacional de los derechos del Niño⁴⁷.

Por lo tanto que el SAP sea incluido en un listado reconocido de enfermedades mentales, es crucial para su uso en los juzgados.

Asimismo ha sido rechazado por otras instituciones relevantes como son:

- El National Council of Juvenile and Family Court Judges, quienes en el año 2004 en su guía: “Navigating Custody & Visitation Evaluations in Cases with Domestic Violence: A Judge’s Guide” que: “La teoría de Richard Gardner que postula la existencia del ‘Síndrome de Alienación Parental’ o ‘SAP’ ha sido desacreditado por la comunidad científica. Testimonios de que una de las partes en un caso de custodia sufren del síndrome deberían por tanto ser considerados inadmisibles (...)”⁴⁸.
- Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial de 2008 Español dedica un apartado al SAP y expresa: “Aceptar, en suma, los planteamientos de las teorías de Gardner -que incluso excluía la aplicación de su teoría en los casos en que se evidenciaba una situación de violencia, abuso o negligencia- en los procedimientos de guarda y custodia de menores de edad supone someter a éstos a una terapia coactiva y una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones que precisamente tienen como función protegerles”.
- Asociación Española de Neuropsiquiatría en su artículo “La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para el cambio, judicial de la custodia de menores - Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su

⁴⁷ Esta es la postura asumida por la Universidad de Buenos Aires sobre el denominado Síndrome de Alienación Parental.

⁴⁸ National Council of Juvenile and Family Court Judges. “Navigating Custody & Visitation Evaluations in Cases with Domestic Violence: A Judge’s Guide” [Navegación sobre custodia y las visitas con evaluaciones en los casos de violencia doméstica: Una guía del juez]. EE.UU, 2004. p.121.

aplicación” del año 2008⁴⁹. Señala que el SAP no cuenta con el sustento científico necesario para que sea considerado como un síndrome en sentido estricto; sino que sería una teoría que solo se basa en una serie de términos que acotados y relacionados entre si constituirían síntomas. Síntomas que estarán presentes si el observador infiere que están presentes (en el SAP se trata de deducir o interpretar la frivolidad o crueldad a partir de un acto de habla de la persona observada, o la descripción de dicho comportamiento en otros documentos).

Sin embargo ante ello los especialistas favorables a su reconocimiento señalan que ninguna de la clasificaciones internacionales puede contener una lista taxativa e inmutable de enfermedades mentales, ya que las enfermedades así como los síndromes hacen su aparición en la realidad paulatinamente, es decir el Comité de la Asociación de Psiquiatría podría considerar su estudio para la próxima versión del DSM IV, ya que tenemos que considerar que dicho manual se publicó en el año 1994, y si bien en el año 2013 se ha realizado una última versión la nueva clasificación aporta pocas novedades con respecto a la anterior clasificación y además el consenso entre las organizaciones y expertos que han participado en su elaboración ha sido menor por lo que las nuevas categorías ingresadas datan solo de los años 1991 al 1993, tiempo en que existía poca literatura sobre el tema, es en los últimos años que el SAP a tomada relevancia en la realidad.

En resumen apelan a decir a que será una cuestión de tiempo y que antes de lo pensado será incluido en el DSM.

La segunda crítica que goza de popularidad es aquella que señala que la relación directa entre el SAP y la fabricación de denuncias, por influencia de uno de los progenitores en perjuicio del otro, solo ocurre en pocos casos, es decir que en la mayoría de casos se tratan de denuncias sobre hechos reales, que si se justifican

⁴⁹ ESCUDERO, A., AGUILAR, L. Y DE LA CRUZ, J. (Dir.). *La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de custodia de menores. Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación*. Madrid, 2008. [Consultado el 30.08.2016]. Disponible en:<www.aen.es/biblioteca-y-documentacion/documentos-e-informes-de-la-aen/doc_details/52-la-construccion-teorica-del-sindromede-alienacion-parental-de-gardner-sap>

por la supuesta existencia del síndrome solo crearía un marco de impunidad ante estas agresiones, lo que llamamos un uso fraudulento del SAP.

Aceptar que todo lo dicho por un progenitor sobre el comportamiento del otro y que sea también avalado por el menor de edad es una mentira, sería un atentado contra la credibilidad de estas personas sin mayor ahondamiento en la realidad. Y se señala que Gardner era consciente que acabando con esta credibilidad de las víctimas conseguiría neutralizar las denuncias y hacer que se convirtiera contra ellos la carga de la prueba⁵⁰.

Los que propagan el SAP también señalan que, lo dicho en un proceso de tenencia o régimen de visitas resultaría una muestra más de alienación, si se cuenta con denuncias archivadas en otros procesos o que terminan en absolución del inculpado por faltas de pruebas; es decir identifican denuncias falsas con archivadas, lo cual sería un grave error.

Así pues desde las bases teóricas del SAP existe imposibilidad real de discriminar entre abusos y maltratos verdaderos de los supuestos engaños.

Ante ello es el propio Dr. Gardner que se defiende señalando que se debe usar conjuntamente con los síntomas del SAP los criterios por estrés post traumático⁵¹ así pues si el niño muestra los criterios de este trastorno, sería un niño que en realidad si ha sido abusado.

⁵⁰ GARDNER, RICHARD. *True and False Accusations of Child Sex Abuse. Creative Therapeutics [Las acusaciones verdaderas y falsas sobre el abuso sexual de niños. Terapéuticas creativas]*. EEUU: Addendum, 1992, p. 748.

⁵¹ Se entiende el TEP es un trastorno de ansiedad que suele producirse tras haber sufrido u observado un acontecimiento altamente traumático (atentado, violación, asalto, secuestro, accidente, enfermedad mortal, etc.), en el que está en juego nuestra vida o la vida de otras personas. Esta experiencia puede originar un aprendizaje emocional que tiene como fin proteger al individuo frente a nuevas situaciones similares, pero que va a ocasionar toda una serie de síntomas agrupados en tres tipos diferentes: rememoración (o re experimentación), hiperactivación fisiológica y evitación (junto con embotamiento afectivo).

Pero la mejor forma, según Gardner, para distinguir la sintomatología que diferencia el abuso verdadero del falso será contar con evaluadores que sigan cuidadosamente todos los indicadores y si existe algún tipo de agresión o violencia real sea psicológica, física o sexual hacia el menor de edad no estaríamos ante un caso de SAP, por lo que no tendría siquiera que tratarse el tema del SAP dentro del proceso judicial, porque simplemente este no existiría.

Así que si existe un diagnóstico errado del SAP, no correspondería la responsabilidad de ello al mismo SAP, sino al evaluador que no fue lo suficientemente capaz.

Otra crítica muy difundida al SAP es que se trata de una teoría sexista que señala a la mujer como una causa principal del SAP, la cual poseía propiedades naturales para alienar, y que al progenitor varón se le consideraría como una víctima de toda esta campaña de denigración por el hecho de que existieron conflictos de pareja que no se pudieron solucionar, pero que no tienen correspondencia con la relación paterno filial.

Es decir los malos tratos que pudieron existir entre la pareja no deben influenciar en los hijos, la madre no debe ampararse en ello para impedir que el hijo tenga contacto con el padre

Los defensores del SAP señalan que si bien esto fue sostenido al inicio de la proclamación de la existencia del SAP, fue el mismo Gardner el que considero que en un futuro la proporción entre géneros se equilibraría y que por tanto el SAP y su existencia es independiente del género del padre alienador, tanto la mujer como el hombre pueden ser los victimarios de su menor hijo realizando todo el adoctrinamiento en los niños y adolescentes en ataque de su ex pareja.

Vale decir que actualmente, en las diferentes sentencias estudiadas a nivel del derecho comparado y nacional, es indiferente el progenitor que realiza la alienación, encontramos casi en igual proporción tanto padres como madres alienadores, sin ninguna distinción de sexo, edad o condición social.

Con la introducción del SAP en el mundo jurídico, también aparecieron detractores especialistas en la materia; así pues tenemos el análisis jurídico de JENNIFER HOULT⁵² el cual se basa en la inadmisibilidad de las pruebas en las cortes de familia, su obra se trata de un trabajo jurídico en el que concluye que el SAP no puede admitirse como evidencia de juicio ya que en primer lugar se debe tener certeza de que el SAP figure en el DSM en cualquiera de sus versiones, además de que el tratamiento que se propone contra el supuesto síndrome viola los deberes médicos de cuidado ya que sería coactivo y no médico obligando prácticamente al supuesto alienador a convencer a sus hijos que no deben perder la relación directa y regular con el progenitor víctima de la campaña de desprestigio; finalmente señala la autora que el SAP tiene un origen legal no médico, no sería materia para un perito médico o psicológico, ya que se basa en conocimientos subjetivos (lo que para uno puede ser una situación de abuso para otros no) y dichos conocimientos no pueden ser materia de expertos, no podría ser admisible una prueba testimonial.

Así también cabe decir que, en algunos estados de EEUU han legislado sobre la regulación del tipo de pruebas que pueden presentarse en un juzgado. Se han elaborado las Reglas Federales de Evidencia en los que solo se permite admitir por parte del Juez en un juicio aquellos medios de pruebas que se basen en teorías científicas probadas y válidas. Estas reglas sirven de base legal para no admitir cualquier prueba que mencione el SAP en el procedimiento judicial.

Los defensores del SAP consideran que el análisis realizado por la citada autora tiene puntos acertados, pero también puede ser sujeto de críticas siendo una de ellas la relatividad del concepto abuso, no se puede sostener que el tema de los abusos es un tema meramente subjetivo ya que existe ciertos parámetros universales que hacen que todos reconozcamos ciertas acciones como abuso independientemente de la cultura o idiosincrasia de las partes, y estando frente a uno de dichos casos es indiscutible que el tema del

⁵² HOULT, JENNIFER. *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law, and Policy*, (traducido al español: La admisibilidad probatoria del Síndrome de Alienación Parental: ciencia, derecho, y política). EEUU, 2006. p. 1-61.

SAP no debe ni siquiera analizarse, pero en caso de la existencia de duda razonable y cumpliéndose con la sintomatología antes descrita, se debe tener en cuenta la existencia o no del SAP en el caso concreto, lo que podría definir la situación del menor de edad respecto a su custodia.

Finalmente, debo hacer referencia a otro concepto dentro del SAP, que resulta ser objeto de duras críticas por sus detractores el concepto de progenitor amistoso.

Concepto que explica que la tenencia de un menor de edad debe ser entregada al progenitor amistoso, es decir aquel que fomenta las buenas relaciones entre el hijo y el otro progenitor, por el contrario el no amistoso es aquel que obstaculiza esta relación, incluso con denuncias y quejas.

Aparentemente este concepto parecería ser adecuado y razonable, pero se señala que Gardner lo diseñó a modo de trampa, ya que en el fondo pone en grave peligro al menor de edad víctima de violencia y al progenitor que intenta protegerlo denunciando las agresiones de las cuales son víctimas, porque su comportamiento será visto como obstaculizador, no amistoso, mientras que el progenitor denunciado sería visto como la víctima que solo quiere el bien para su menor hijo, en la práctica un progenitor se verá limitado para defender a su hijo por miedo a ser clasificado como el no amistoso y perder la custodia y con ello se dejarán impunes varios actos de violencia.

Los defensores del SAP se defienden de este argumento señalando que el progenitor amistoso es un concepto que pretende hacer valer lo consignado en las mayorías de legislaciones acerca del otorgamiento de tenencia y régimen de visitas, en las cuales se señala de modo expreso que la tenencia debe ser concedida al progenitor que otorgue las mayores condiciones y garantías de que el niño podrá seguir en contacto con el progenitor no conviviente, y con ello también garantizar el cumplimiento del derecho del menor de edad a mantener contacto con ambos progenitores, en cuanto sea favorable, para su adecuado desarrollo físico y psicológico; hacer lo contrario si significaría un atentado contra este derecho

fundamental reconocido por los organismos internacionales y legislaciones de cada país.

A mi parecer es obligación y responsabilidad de los juzgados tomar estos temas con la mayor profundidad y delicadeza posible, para que frente a posibles indicadores de alienación se inicia una investigación más exhaustiva del caso que permita verdaderamente señalar si está ocurriendo algún tipo de violencia contra el menor de edad o si por el contrario se trata de toda una farsa en perjuicio de este mismo.

Sin perjuicio del análisis de la presencia del SAP que realizare en el siguiente apartado de mi investigación, puedo señalar que el SAP ha ingresado ya en varios países en donde se habla del mismo con argumentos a favor o en contra validos de ambos lados; ya se encuentra la presencia del SAP en países como Canadá, Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Inglaterra, Escocia, España, entre otros.

2.2. Implicancias legales de la presencia del Síndrome De Alienación Parental en el binomio tenencia – régimen de visitas

2.2.1.El SAP en derecho comparado y en la Jurisprudencia internacional

El SAP es un fenómeno relativamente nuevo, y a pesar de las dudas y de la polémica que lo ha acompañado, su estudio es cada vez mayor; así como su presencia en las distintas instancias judiciales de varios Estados que poco a poco viene reconociendo relevancia a la situación descrita por tal síndrome. Así pues, muchas de las legislaciones han incorporado el SAP específicamente, otras como una especie de abandono relacionado con el cuidado personal del menor de edad o con la relación directa y regular y otras huyen del empleo de la controvertida denominación⁵³.

⁵³ Así, existe jurisprudencia en varios países como Suiza, Israel, Canadá, España, Inglaterra, Alemania, EEUU, etc.

A continuación procederé a exponer los principales casos a nivel internacional, en los que se ha hecho referencia, ya sea de manera directa o indirecta, al controversial síndrome; pero antes de ello quiero anotar que hay que destacar que no existe una respuesta o solución única a la problemática de involucra el SAP, por el contrario las consecuencias jurídicas de esta problemática deberán ser adecuadas y proporcionales a las circunstancias del caso concreto, para ello los jueces deberán observar con bastante detenimiento y cuidado, las sugerencias e informes de los equipos multidisciplinarios, a la intensidad del rechazo del hijo por uno de sus padres, etc. Y en todo caso, considero que las medidas jurídicas que se tomen siempre deben ir acompañadas de las oportunas medidas psicológicas (terapias) que permitan hacer seguimiento de la evolución favorable de la relación paterna filial que se quiere rescatar, y salvaguardar el interés del niño, que finalmente son las cuestiones que sobre todo deben recibir la observación del Derecho.

Alemania

Dicho esto, los casos más importantes que se han desarrollado respecto al avance jurídico del síndrome datan de la década de los noventa; así tenemos el caso Elsholtz vs Alemania, en la demanda N^o 25735/ 94, caso del ciudadano alemán Egbert Elsholtz quien tiene un hijo de una relación no matrimonial en el año 1986, y desde el año 1991 la madre le niega el acceso al niño.

En juicio el niño declara que no desea tener contacto con el padre, pese a ello se fija un régimen de visitas que la madre obstaculiza después de que el niño fortuitamente sufriera un accidente en un lugar de juegos, justamente en el momento en que se encontraba con el padre haciendo uso del régimen de visitas que poseía este.

Se suspendió el régimen de visitas al padre debido al rechazo del niño hacia este, también se rechazó el pedido del padre de que se realice un estudio psicológico sobre la presencia del SAP en el menor de edad, ante ello el padre apelo frente a la Corte Europea de Derechos Humanos manifestando la violación del artículo 8 de la

Convención Europea de Derechos humanos⁵⁴. La Corte falló a favor del padre, argumentando que si se hubiera tenido en cuenta los artículos internacionales sobre el SAP, se hubiera llegado a una conclusión diferente.

La Corte de Apelaciones establece que la relación directa y regular con el progenitor no conviviente solo se justifica si esta es favorable para el niño, y en este caso parecería que no lo es ; frente a todo ello el padre alega en la CEDH que ha pasado mucho tiempo desde el año 1991 que dejó de ver a su hijo, y que este ha sido alienado en su contra, que no se oyeron informes psicológicos especializados, y que se debió observar que las declaraciones del menor de edad demostraban la programación que ha hecho la madre en su contra haciendo al niño víctima de SAP. Que debe observarse en el caso concreto que las cortes alemanas involucradas no tomaron la precaución de obtener informes especializados respecto al síndrome.

Ante todo ello se la CEDH condena, mediante sentencia emitida en el año 2000, al estado alemán a indemnizar al demandante en 35,000 Marcos más las costas del juicio, sin embargo no señala nada respecto a la re vinculación del niño con su padre⁵⁵.

Debo señalar también que de una lectura detenida de la sentencia, traducida al español, en ningún apartado se incluye un reconocimiento del SAP ni de su admisión como prueba en un juicio, las únicas referencias lo son como alegaciones de una de las partes.

⁵⁴Su artículo 8, inciso 1 establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familia, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

⁵⁵ PEDROSA., Op. Cit., p. 161.

Otra referencia importante respecto a la existencia del SAP radica en el caso *Kutzner vs Alemania* se trata de una familia compuesta por abuelo, padres discapacitados e hijos que vivían juntos, se consideró la discapacidad como elemento negativo para la tenencia de las niñas quienes fueron ubicadas en diferentes hogares y se ordenó que el derecho de contacto con los padres terminase.

El problema radica que cuando luego de arduas gestiones judiciales, cuando la familia biológica se reunifica, las niñas rechazan a sus padres biológicos, alegando estos que ellas eran víctimas de SAP.

La Corte falló a favor de los reclamantes (familia biológica) reconociendo que la forma como las niñas fueron separadas de sus padres solo ayudo a que los niños aumenten la alienación de sus padres⁵⁶.

Estados Unidos

Otros casos relevantes son los desarrollados en Estados Unidos, donde cabe decir se han dado el mayor números de casos de aceptación del SAP ya que en este país se han dictado sanciones respecto de aquellos progenitores que desobedecen las órdenes de los tribunales respecto al régimen comunicacional de padres a hijos; la regla general es el juzgamiento por desacato a la autoridad.

Así tenemos el caso *Bates vs Bates* donde se sentó precedente en relación con el SAP como concepto teórico valido en el estado de Illinois, ya que el SAP se ajustaba a la regla *Frye*, una jurisprudencia de 1923⁵⁷.

También se desarrolló el caso *Young vs Young*, que se trata de una pareja que se divorcia con cuatro hijos y que en un principio el padre está de acuerdo con que la madre ostente la custodia, posteriormente por el cambio de actitud de la madre, la cual se

⁵⁶ *Ibíd.*, p.165

⁵⁷ En el caso *Frye vs EEUU Frye Test*, se manifiesta un mecanismo legal por el cual una teoría científica relativamente reciente debe ser desarrollada antes de ser aceptada como entidad legal.

tornó una persona hostil, este decide demandar por la custodia de sus hijos.

En juicio después del análisis de las actitudes de la madre y las declaraciones de los hijos queda claro que la madre pone sus necesidades primero frente a las de estos atentando contra el interés superior de los niños ya que el envenenamiento de la mente de los infantes lleva a daños mayores y permanentes, por lo que se confiere la custodia al padre.

Caso Zafrán vs Zafrán, con fecha 09 de octubre del 2002, una Corte de Familia otorga la custodia de la hija menor de las partes a la madre, basados en que el padre era responsable de alienación parental en contra de los otros dos hijos de la pareja, al padre se le otorga un régimen visitas pero no cambio su conducta alienadora, por lo que se le envía a terapia pero se niega a llevarla por lo que la corte termina por eliminar totalmente el régimen comunicacional con la hija y concluye que la alienación parental es un acto inconsistente con el interés superior del niño.

Pese a la existencia de estos casos también nos hemos encontrado en nuestra investigación que numerosos autores señalan que en el ámbito judicial estadounidense este presunto síndrome ha provocado un efecto devastador en muchos niños y en sus madres al considerar a los niños y niñas como mentirosos y a las madres como enfermas mentales.

Los Fiscales norteamericanos también se definen en contra del SAP. La asociación de fiscales norteamericanos agrupados en el American Prosecutors Reserch Institute ha prohibido tajantemente a los fiscales norteamericanos la admisión del SAP como prueba en juicio. Afirman que el SAP es una teoría no probada que puede amenazar la integridad del sistema de justicia penal y la seguridad de los niños abusados. Los fiscales deberían formarse sobre el SAP y estar preparados para argumentar contra su admisión en los juzgados. Cuantos más juzgados se nieguen a admitir el SAP como prueba, más protección se habrá conseguido en nuestro sistema judicial para las víctimas del abuso sexual.

A su vez, los jueces americanos empiezan a manifestarse en su contra señalando que SAP ha causado daño tanto emocional como físico, y en algunos casos incluso la muerte de niños y niñas⁵⁸.

Finalmente el Tribunal Supremo de EEUU declaró que no puede admitirse en juicio un testigo que secunde teorías no validadas por los estándares de validez y fiabilidad. Afirma la inexistencia de SAP al no cumplir todos los requisitos de fiabilidad y validez científica. Actualmente el descrédito de la teoría del pretendido SAP es total. Incluso en el estado de California se va a prohibir de forma expresa su uso en el ámbito judicial.

España

En el continente europeo; España que es una de las fuentes más importantes de nuestra cultura jurídica, el SAP no es un concepto desconocido pero no existe unanimidad en los fallos judiciales en cuanto a la admisión o no del SAP.

Al amparo que el Código Civil Español en su art. 158, le da al juzgador para apartar al menor de edad de un peligro o evitarle perjuicios, encontramos que las medidas adoptadas suelen incidir en el régimen de visitas (limitándolo, suspendiéndolo o ampliándolo según sea el caso) o en la atribución de la tenencia (llegándose a acordar el cambio de titular en los supuestos más graves).

En España rige el principio de libre valoración de la prueba por parte de la Autoridad Judicial, es decir la admisión de la prueba y la valoración de la misma quedan en manos de la decisión del juez.

Según el art.283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la admisión de la prueba será acorde con tres criterios: el de pertinencia (que guarde relación con el objeto del proceso, con los

⁵⁸ Estas son palabras del Juez retirado SOL GOTHARD recogidas en el documental "Breaking the Silence", donde se evidencia a través del testimonio de hijos e hijas que fueron sometidos a la terapia de Gardner la huella del sufrimiento y daño psicológico que han padecido fruto de la misma.

hechos discutidos), necesidad y utilidad (que sea decisiva para la acreditación de la decisión última del Tribunal)⁵⁹.

También dice la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cuando se considere necesario, el Juez o las partes pueden solicitar el dictamen de especialistas cuando sea necesario obtener conocimientos técnicos sobre la materia a dilucidar, que en el caso que nos ocupa se remiten mayoritariamente a los Equipos Psicosociales o el Equipo Técnico Judicial.

El art 347 de la LEC y 478 de la LECRIM exigen que previa a la pericia se incluyan los elementos fácticos sobre los que ha de versar la misma, eso significa los antecedentes de los hechos. No se deben considerar informes en los que haya una ausencia de relatos relativos a los antecedentes o historial de violencia del progenitor y además todos los datos relevantes y obtenidos en el proceso deben ser el punto de partida para elaborar el informe pericial.

Sin embargo cabe decir que pese a todos estos argumentos en contra, encontramos sentencias en la que se ha admitido la existencia del SAP.

Así tenemos que el 30 de junio del 2009 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español dicto una sentencia que acoge la casación de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁰; el caso es de un hombre que detenta la guarda y custodia de su hijo, interpone demanda ya que la madre del niño se lo lleva a vivir a EEUU en el año 91, privándolo del contacto con el menor de edad y del ejercicio de la custodia.

Demanda a la iglesia de la Cienciología y a la madre, alegando que la primera ha captado a la segunda impidiéndole ver a su hijo, el juzgado de primera instancia rechaza la demanda por lo que interpone apelación frente a la Audiencia Provincial de Madrid, que confirma la sentencia de primera instancia, la sentencia es recurrida en casación frente al Tribunal Supremo y se establece que

⁵⁹ Criterios comentados en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de España del año 2007

⁶⁰ España. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. CAS. N° 512/2009–Casación. Madrid, 2009.

el daño causado al padre debe imputársele directamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones del padre con el menor de edad, a pesar de que este tenía atribuida la tenencia, lo que significa no solo proteger el interés del niño sino también de padre no conviviente. Cita la Sentencia Elsholz de la CEDH haciendo referencia al SAP.

Otro caso importante en España respecto al tema investigado, es el visto en el Juzgado de Primera Instancia de Manresa Catalunya, donde se dictó el 4 de junio del 2007 una controvertida sentencia que atribuía la guardia y custodia de la hija menor de un matrimonio al padre, modificando así el régimen de guarda y custodia otorgado a la madre, motivando su decisión, entre otros, en la existencia del denominado SAP. Fue una sentencia innovadora en España en esos momentos, que provocó un gran revuelo mediático. En concreto, la jueza acogió la posición de varios peritos que atribuían la animadversión de la niña a la actitud de rechazo y resentimiento mantenida por la madre y familiares maternos que habían generado un problema relacional o fobia hacia el padre. Finalmente la jueza dio por sentada la existencia del SAP, y que su no aceptación sería una vulneración al interés superior del niño⁶¹.

Existen otras sentencias en las que también se hace referencia directa o indirecta al SAP, dejando como precedente que es preocupante el perjuicio que a la hija común menor de edad ocasiona la opción de guarda materna, hasta el punto de estar dando lugar a un inicio de lo que en un futuro próximo pasará a ser un síndrome de alienación parental, o injustificado rechazo de la figura del padre. Un papa o mama perversa que perpetran un reiterado incumplimiento sistemático del régimen de visitas y comunicaciones realizan un comportamiento perverso que daña a su propio hijo⁶².

⁶¹ En los Fundamentos de derecho expone que “queda probado que la niña padece cuando menos fobia severa a su padre, sino un síndrome de alienación parental.”, resuelve que la niña que había vivido con la madre con anterioridad ostentando la guarda y custodia y existiendo alegaciones por parte de la madre de malos tratos del padre hacia la hija, no tenga relación la niña con la madre ni familia extensa en un período mínimo de 6 meses desde notificación de la sentencia.

⁶² España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. RES. Nº 405. Madrid, 2009.

Asimismo se deja como precedente que el progenitor perverso no se relacionará de ninguna manera con la hija afectada ni podrá acercarse a su centro escolar hasta nueva orden del Juzgado. Así se cura un SAP severo: protegiendo al menor del foco de infección psíquica, del progenitor perverso y manipulador⁶³.

Detectado un caso de alienación por parte de la madre, se acuerda el ingreso de la menor de edad en un centro de acogida por un plazo de tres meses, con la finalidad de que reciba terapia y el control adecuado por parte de los profesionales del centro, iniciándose los contactos con el padre de forma progresiva y suspendiéndose por el momento los contactos con la madre.

Del informe pericial se desprende, no solo que el mismo tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo víctima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo contra su madre y familia materna; sino que como consecuencia de dicha instrumentalización se está viendo envuelto en un severo conflicto emocional ante las disputas de los padres que está interfiriendo en su proceso de maduración emocional⁶⁴.

Así pues en España, a pesar de las fuertes posturas en contra y de la desacreditación por los organismos internacionales de la salud mental en la actualidad, se siguen emitiendo informes en los que subyace toda la ideología que sustenta el SAP pero sin nombrarlo, lo que hace más fácil su aceptación y su credibilidad y más difícil su crítica.

Como se ha comentado no hay unanimidad judicial en el criterio de aplicación de dicho síndrome, ya que aunque hay jurisprudencia que se apoya en él para aplicar fallos judiciales; también encontramos jurisprudencia que lo rechaza y no lo admite como prueba basándose en fundamentos jurídicos que a continuación analizare.

⁶³España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza. RES. N° 397. Zaragoza, 2009.

⁶⁴España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. RES. N° 463. Sevilla, 2008.

La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª), a través de la Presidenta de la Sala, Nekane San Miguel, en Sentencia núm. 256/2008 de 27 marzo, resolviendo recurso de apelación en autos 85/07 del Juzgado de lo penal n.5 de Bilbao, desestimó el fallo condenatorio de la recurrente en base al “Síndrome de Alienación Parental” que en 1ª instancia se había aplicado.

Se señala que el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM-IV por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS. Estas y otras instituciones que priman los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios.

Asimismo según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia científica que avale el SAP, la hostilidad de los menores a las visitas del progenitor no custodio pueden deberse a multitud de causas, que nada tienen que ver con síndrome alguno.

En este sentido igualmente se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª)⁶⁵, desestimando una modificación del régimen de visitas por falta de prueba que la madre incumplía el régimen, ni que los/as menores de edad padecieran síndrome de alienación parental.

En su Fundamento de Derecho Segundo se recoge: “(...)del informe del Equipo de asesoramiento Técnico Civil de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia que precisamente interesó el apelante, no se deduce una situación sustancialmente distinta de la habitual en los casos de conflicto entre cónyuges separados, sintiéndose ambos menores en medio de una situación familiar conflictiva, y reaccionando normalmente ante una actitud de los padres, que el informe señala como un "exceso de protección" referido a la madre, y de una actitud "posesiva y rígida" referida al padre, en relación a la cual se genera

⁶⁵ España. Audiencia Provincial de Barcelona. STC N° 305/2007. Barcelona, 2007.

un "distanciamiento físico, pero no afectivo" de los hijos respecto al padre, reacción que no sugiere comportamiento patológico alguno. En estas circunstancias, y muy fundamentalmente atendido el resultado de la exploración practicada a los menores de edad por esta Sala, en la que manifestaron que el régimen se cumplía desde el viernes, así como la inexistencia de incumplimiento alguno por parte de la madre, es por lo que debemos mantener el régimen del convenio aunque con dicha matización, sin que proceda el resto de la ampliación solicitada no tanto porque daría lugar a fuentes de controversia entre las parte habida cuenta de la conflictividad existente entre ellas, sino por las mismas manifestaciones efectuadas por los niños en dicho acto, que son de muy importante consideración atendida la edad de los mismos ,lo que en este particular nos lleva a estimar parcialmente el recurso que se examina.”

Tal y como refiere la sentencia núm. 256/2008 de 27 de marzo de la Audiencia de Vizcaya, Sección 6ª, se está utilizando el SAP como base para cambio judiciales de la custodia de menores de edad.

Estas sentencias en contra del SAP, señalan de manera coincidente que, un "informe" previo de "Síndrome de Alienación Parental" no debe utilizarse sin más como medio de prueba exculpatorio en una causa penal por maltrato, sino que el proceso debería ser el inverso: debe primero constatarse la inexistencia del abuso o maltrato por parte del progenitor pretendidamente "alienado", y sólo entonces, según los propios postulados de la teoría en cuestión, podrá sostenerse la existencia en los menores de edad del así llamado síndrome en el proceso familiar por la custodia de los hijos, ámbito en el que el concepto tiene su origen y su campo de aplicación privilegiado.

No se puede suponer sin más que un menor miente, y diagnosticarlo con SAP, si lo hiciéramos no se estaría respetando su derecho a expresar su propia opinión en los procesos, garantías procesales para la verdadera aplicación del interés superior del niño.

Finalmente cabe señalar que en estos pronunciamientos judiciales a nivel internacional, no corresponde al ámbito judicial pronunciarse si el denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP) existe o no desde un prisma estrictamente científico, sino que solo se debe examinar las pericias realizadas por los técnicos para determinar la problemática relacional que existieran entre los hijos y los progenitores. Así pues, independientemente de si el SAP tiene o no una base científica, se debe proteger el desarrollo adecuados de los menores de edad, que precisa tranquilidad y bienestar en esta etapa de su vida.

2.2.2. El SAP en la legislación internacional

En lo que respecta a legislaciones internacionales que han aceptado de manera directa la existencia del SAP, pese a las controversias aun innegables sobre su existencia y validez, tenemos que en Latinoamérica, Argentina ha establecido la responsabilidad penal del progenitor obstaculizador de la relación directa y regular, es decir; la legislación le ha dado a la alienación parental una importancia mayor, sacándola de la legislación de familia, insertándolo dentro del derecho penal, como un delito con pena privativa de libertad.

Cabe, como dato relevante, señalar que la ley argentina se refiere al padre o tercero, con lo que queda claro que se entiende que la obstaculización no siempre es de los padres, sino también puede provenir de la familia de estos (abuelos, tíos, primos, etc.).

Con esta medida en Argentina, lo que se busca es restablecer en el menor tiempo posible el contacto del hijo menor de edad con sus padres, se permite determinar un régimen de visitas provisorio, y se deben remitir los antecedentes a la justicia civil; es decir el juicio comienza por una denuncia y después los antecedentes pasan al juzgado de familia.

En México en el Código Civil vigente⁶⁶ en palabras directas se proscribire la actitud alienadora de los progenitores, siendo actitud contraria causal de suspensión de la patria potestad, pero no se habla de SAP en sentido estricto.

En Brasil se aprobó en el año 2010 una ley para combatir el SAP⁶⁷, esta legislación prevé multas que fije el juez o la pérdida de la custodia del niño.

Así pues frente a una denuncia de la alienación parental, el juez debe ordenar un informe psicológico para ver si el niño está sufriendo de hecho la manipulación.

Según la ley, si se comprueba la veracidad de las acusaciones, el juez puede ampliar el sistema de vida familiar en favor del progenitor alienado para proporcionar bienestar o determinar el cambio de la custodia del niño.

Así puedo concluir que en el derecho comparado y jurisprudencia internacional los operadores jurisdiccionales y autores no acuerdan entre sí como denominar o tratar la alienación parental, sin embargo la mayoría acepta que existen ciertos patrones y comportamientos que se repiten en los cuadros donde el impedimento de contacto paterno filial está presente y que desencadena una programación en el menor con comportamientos similares a los identificados por el Dr. Gardner para el SAP; así pues el concepto de SAP no es aceptado con unanimidad, pero cabe decir que no se discute el hecho mismo de la alienación parental sino que los autores no coinciden en su etiología, o no lo denominan síndrome.

⁶⁶ Tal como indica el art. 411 del Código Civil Mexicano “quien ejerza la patria potestad debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación, alienación parental encaminada a producir en la niña o en el niño rencor o rechazo hacia el otro progenitor”.

⁶⁷ La ley SAP vigente es la Ley N° 12 318 con fecha de publicación 26 de Agosto del 2010 la misma que regula el tema de la alienación parental, y cuyo tenor modifica el artículo 236 de la antigua Ley N° 8069 publicada el 13 de Julio de 1990.

2.2.3. El SAP en la Jurisprudencia nacional

En este apartado de la presente investigación, hare referencia a los principales pronunciamientos que, hasta el momento han realizado los tribunales acerca de la tenencia de menores de edad y de manera directa o indirecta del denominado SAP, ya que nuestro país no se ha mantenido indiferente a la controversia que se discute en torno de la aplicación y consecuencias jurídicas de este discutido síndrome.

Los tribunales tomando como base las normas supranacionales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, han enfrentado los casos de establecimiento del régimen de visitas y tenencia, así como la variación de esta última, tomando como directriz principal de sus pronunciamientos el velar por el cumplimiento del interés superior del niño y del adolescente, así la citada convención que es de obligada aplicación, en muchos casos da las pautas necesarias para obtener un pronunciamiento justo y sobretodo adecuado para los menores de edad.

Dentro de la codificación nacional también se ha previsto, tal como señalamos en apartados precedentes, dar cabida al citado principio, de este modo se advierte que en el art. 8 del CDNA se ofrecen criterios de suma relevancia en este ámbito de la protección de los menores de edad, así el niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia y sus padres deben velar por que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

2.2.3.1. Casuística ante la Corte Suprema de Justicia de la República

A. Casación N° 2067-2010-Lima

En este caso por primera vez la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, hace alusión a este Síndrome, lo que ya constituye un avance en la toma de decisiones y en la forma de abordar el tema.

La presente casación expedida con fecha 26 de abril del 2011, resuelve un caso de tenencia a favor de la madre de los menores que no estuvieron conviviendo con ella, y priva de esta al padre, pese a que este la ejercía de hecho, decisión que se impuso debe ejecutarse inmediatamente y no progresivamente⁶⁸.

Se trató de un caso en donde el padre de los menores de edad el Sr. Gerardo Antonio Rosales Rodríguez interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que confirma la apelada que declara infundada la demanda de tenencia interpuesta por el padre citado y fundada la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos, madre de los menores.

La casación resuelve la situación de los niños que rechazan a su madre, que según el informe multidisciplinario realizado a estos, estarían bajo la influencia del SAP, siendo el entorno paterno el que está colaborando con mantener dicho rechazo a la imagen maternal.

Cabe resaltar que este es el primer caso que se resuelve manifestándose expresamente sobre Síndrome de Alienación Parental, en donde además se determina que la opinión del menor de edad, que se entiende es ajena y contralada por uno de los progenitores, no será decisiva ni tomada en cuenta para la determinación de la tenencia, siendo la prioridad la adecuada relación parental⁶⁹.

Algo que resulta ser muy controversial, ya que la voluntad de los menores de edad y el papel que juega esta es una de las principales manifestaciones de la salvaguarda del interés superior del niño, de hecho este derecho a ser oído antes de adoptar cualquier medida que lo afecte, tiene una gran relevancia práctica en orden a la fijación de las relaciones del menor con sus padres, tras la separación o divorcio de los mismos.

⁶⁸Perú. Sala Civil Permanente de la Sala de Justicia de Lima CAS. N° 2067-2010. Lima, 2010.

⁶⁹ *Ibíd.*

No obstante, tal como parece quiere dejar claro la sentencia analizada, si se reconoce la existencia del SAP, o cualquiera que sea la denominación que le demos, de una relación patológica por la que un progenitor trata de inducir a sus hijos menores al rechazo hacia el otro progenitor, el corolario lógico sería entender que la voluntad de los menores de edad está viciada, y por tanto, no puede ser determinante de las medidas a adoptar.

Así pues en la sentencia analizada, se determina además que dicho síndrome incide negativamente en el desarrollo de los menores de edad y se establece que los criterios del CDNA son orientadores mas no determinantes, ya que lo principal será lo más beneficioso para los menores, así pues se aleja de lo normado en el citado cuerpo legislativo sobre que en procesos de tenencia y régimen de visitas lo expresado por los niños y adolescentes debe ser preponderante para el juzgador.

Así, pese a que el deseo de los menores de edad era seguir viviendo con su padre, se otorgó la custodia a la madre a fin de restablecer el trato directo con la progenitora. Dejando también de lado el criterio de convivencia precedente, pues era el padre quien venía ejerciendo la tenencia antes de iniciarse el proceso.

Personalmente creo, que la variación de la tenencia debió hacerse de forma progresiva, puesto que hacerlo de forma inmediata como ordeno la Corte, podría traer más traumas en los niños y acrecentar aún más la sintomatología que se encontraron en los indicadores de alienación, sin embargo se decidió de esta manera porque se señala en los considerandos de la sentencia que existían circunstancias que ponían en riesgo la integridad de los menores de edad, como era la acusación al padre de actos de violación sexual a otra de sus hijas, producto de otro compromiso, lo cual cabe decir no se encontró totalmente acreditado.

B. Casación N° 5138-2010-Lima

Se trata del recurso de casación interpuesto por Luis Felipe Elias Hupaya en representación de Valeria Andrea Furno Ferro, contra la sentencia de vista expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda de tenencia interpuesta por el demandante Renzo Miguel Beteta Valderrama e infundada la demanda interpuesta por su representada⁷⁰.

En este segundo caso el supuesto de hecho contempla a la madre como alienante y al padre como víctima de la alienación que recibe el rechazo de sus menores hijos, así pues en este caso fue la madre que ejercía la tenencia quien ejerció supuestamente la alienación en agravio de los menores de edad⁷¹.

Cabe destacar que en el presente caso se tuvieron muy en cuenta los informes psicológicos del equipo multidisciplinario, lo que hace concluir que la existencia de estos colaboradores de la justicia, es de vital importancia en los casos donde se analicen temas que necesiten una elaborada investigación en campos psicológicos, psiquiátricos así como sociales de las partes para poder garantizar que efectivamente los menores de edad se encuentren con el progenitor más capacitado para ostentar la tenencia y con ello contribuir con el desarrollo adecuado de la identidad de estos, que es finalmente lo más importante para el Derecho.

Estos informes psicológicos determinaron que la mayor de las hijas se identificaba en principio con ambos padres, pero luego que la madre obtuvo provisionalmente la tenencia, se advirtió conductas de lejanía y rechazo hacia el padre. Sumado a ello que el régimen de visitas otorgado al padre, no

⁷⁰Perú. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima. CAS. N° 5138-2011. Lima, 2011.

⁷¹Ibíd., fundamento 03.

se ha hecho efectivo, en tanto la madre no ha tenido la disposición para ello⁷². Siendo también que la menor de las hijas muestra ya rasgos del llamado SAP.

Así pues se concluyó en la variación de la tenencia a favor del padre, con el otorgamiento de un régimen de visitas supervisado a favor de la madre.

Al parecer al igual que el caso anterior, el juzgado adopta la posición de una variación inmediata de la tenencia para evitar que los rasgos característicos de esta psicopatía sigan adentrándose en los menores de edad y causando daños irreversibles en su personalidad.

C. Casación N° 1961-2012-Lima

La presente casación la Corte Suprema se trata de un recurso interpuesto por la madre de dos menores de edad, en contra de la resolución que otorgaba la tenencia de los hijos a favor del padre, en tanto se acreditó que la progenitora no tenía capacidad mental para convivir con ellos.

El colegiado ha señalado que al momento de fijar la tenencia el juez deberá evaluar las circunstancias favorables al menor de edad, aunque ello signifique ir en contra de su voluntad, más aun si de los informes psicológicos se puede verificar que esta se encuentra viciada.

Si bien el CDNA establece ciertas reglas como el art. 85 que establece que la opinión del menor de edad es importante, la aplicación de estas dependerá de las situaciones de cada caso concreto y siempre observando lo que es más favorable al niño o adolescente, así pues la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor de edad involucrado.

⁷²Ibíd., fundamento 03, 04 y 05.

De esta manera el colegiado señaló que las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecuan a lo que le favorece al menor de edad y que, por lo tanto, antes de privilegiar los factores de tiempo de permanencia, edad del menor o sexo, se debe salvaguardar el interés superior del niño.

En este sentido la Sala Civil Suprema declaro infundado el recurso y ratifico la tenencia del padre, pese a que los hijos habían manifestado su voluntad de quedarse con la progenitora.

En la decisión se consideró a la madre como una persona no apta para desarrollarse como tal, debido al trastorno psicológico (bipolar) que le producía constante cambios en sus estados de ánimo, lo que podría generar inestabilidad emocional en los menores de edad.

D. Casación N° 5008-2013-Lima

La presente casación fue interpuesta por Liliana Paola Tenorio Gallardo, contra la sentencia de vista de fecha 18 de noviembre del 2013 expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda contra William Patric Dennis sobre variación del régimen de visitas⁷³.

La madre de los menores alegaba que sus hijos deberían tener una comunicación mínima con el padre y la familia de este, porque este no era una buena influencia para sus hijos, por lo que el régimen de visitas que este poseía, debía ser recortado en busca de satisfacer el interés superior de los niños, y ofrecerles lo que para ella, era lo más óptimo para su desarrollo emocional y físico adecuados.

⁷³Perú. Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima. CAS. N° del 5008-2014. Lima, 2014.

La Corte Suprema de Justicia de la República determino que no es factible modificar el régimen de visitas establecido, cuando la comunicación entre el padre y el hijo de manera natural es indispensable para el adecuado desarrollo del menor de edad, más aun cuando la manera en que se quiere variar el régimen de visitas no contribuiría para nada en su desarrollo psico emocional, por el contrario podría traer problemas psicológicos, de conducta y de adaptación en este que no le permitiría desarrollarse con normalidad dentro de un ámbito de bienestar tal como lo ordenan las normas.

Del análisis del caso se advierte que la madre y su entorno familiar tienen una intervención permanente, buscando que el infante muestre rechazo a establecer contacto paterno filial⁷⁴.

El régimen de visitas que ostentaba el padre era de poder visitar al menor de edad cada vez que el viniera al Perú cualquier día del año en el horario de 3 de la tarde a 8 de la noche, que durante el mes de febrero el niño podría visitarlo acompañado de la madre u otro acompañante a los EEUU con todos los gastos pagados, que cuando el menor de edad cumpliera 7 años podría ir a visitarlo sin acompañante, quedando obligado a retornar a su hijo al Perú, a fin de que prosiga sus estudios.

Ante ello la madre alegaba tener temor de que su hijo, ya de diez años, no le sea devuelto cuando viajara a visitar a su padre sin ningún acompañante.

Como ya hemos indicado las instancias que analizaron el caso declararon infundada la demanda señalando que la sola preocupación de la demandante no es suficiente para que el juez deje de lado una sentencia que establecía el régimen de visitas y que tiene autoridad de cosa juzgada, además señalaron que no existía impedimento alguno para que el padre pueda y deba tener contacto con su hijo en la forma

⁷⁴ *Ibíd.*, fundamento 02.

acordada, más aun cuando ello es beneficiosos para el desarrollo del niño.

Asimismo, la Sala Suprema de Justicia de la República considera que el Tribunal superior que confirmo la sentencia que declaro infundada la demanda tomo, acertadamente, en cuenta pericias psicológicas y un informe social, que determina que una variación del régimen de vistas no traería consigo ningún beneficio para el menor y que por el contrario el menor estaría negativamente influenciado por la madre y su entorno⁷⁵.

En la presente sentencia si bien es cierto se resuelve en base al principio de interés superior del niño⁷⁶, cabe señalar que el cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre se ve impedido por la madre del menor de edad que tiene una actitud obstruccionista al influir negativamente en su hijo, y esta conducta encajaría en las características que sus defensores señalan posee el SAP, sin embargo este no fue tomado en cuenta en la presente sentencia; en buena manera por que los jueces aún tienen cierto recelo del tema sumado a que el citado síndrome no se encuentra regulado por nuestra legislación.

E. Casación N° 370-2013-Ica

En el siguiente caso la misma Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, resolvió nuevamente una controversia donde el causante del supuesto síndrome era el padre⁷⁷. En ella se resuelve que la menor de edad es víctima de alienación parental, debido al comportamiento reacio que demuestra respecto a su madre comportamiento que no es normal para una niña de su edad, y ello por la instrucción previa del padre en contra de la madre, síntomas claros de la existencia del síndrome.

⁷⁵ *Ibíd.*, fundamento 03 y 04.

⁷⁶ *Ibíd.*, fundamento 09 y Ss.

⁷⁷ Perú. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Ica. CAS. N° 370-2013. Ica, 2013.

Es también importante de rescatar, que tienen vital relevancia los informes emitidos por el equipo multidisciplinario practicados a las partes; en donde entre otras cosas se muestra que el padre es una persona inestable e inmadura para asumir la tenencia de un hijo y la responsabilidad que atañe ello, siendo que en buena cuenta quien está directamente encargada del cuidado de la niña es su madrastra, nuevo compromiso del padre.

Como ya se ha señalado a lo largo de la presente investigación, siendo también contemplado por la presente resolución, queda comprobado con las pruebas aportadas por la demandante, que el padre estaría impidiendo la adecuada relación paterna filial, que es derecho fundamental de cada niño; del cual no se puede ver limitado por la contienda legal y personal que puedan estar afrontando sus progenitores, habiendo trasladado a la niña sin consentimiento de la madre, a otras ciudades distantes de donde se encontraba esta.

Finalmente se resuelve otorgando la tenencia a la madre, ya que de continuar el padre ejerciendo la tenencia solo generaría un influjo nocivo para la adecuada relación familiar y desarrollo afectivo del menor de edad⁷⁸.

2.2.3.2. Casuística ante el Tribunal Constitucional

Respecto al supremo intérprete de la Constitución, este no ha realizado directamente un análisis del SAP sin embargo si se ha pronunciado en más de una oportunidad sobre el incumplimiento del régimen de visitas, la tenencia por una vulneración al derecho de contacto o de protección de la relación paterna filial en casos en que los progenitores se encuentran separados.

Respecto a su competencia para decidir asuntos relacionados con estas dos instituciones del derecho de familia como son la patria potestad y la tenencia, el propio

⁷⁸ ... Informe especial: El Síndrome de Alienación Parental es determinante para fijar la tenencia. En: Gaceta Civil y Procesal Civil. N° 06. Lima, (Diciembre, 2013). p. 6.

TC ha afirmado que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo entre personas con vínculo de sangre incide en el contenido protegido constitucionalmente de la integridad física, psíquica y moral de la persona⁷⁹ y se oponen a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad⁸⁰ por lo tanto ha establecido que estas pueden ser cuestionadas a través del proceso constitucional de habeas corpus.

En el caso específico de la tenencia de menores de edad y la patria potestad, ha explicado que existen principios que inspiran nuestro ordenamiento, como el interés superior del niño y derechos de los menores de edad reconocidos tanto en normas nacionales como en tratados internacionales, que imponen obligaciones al Estado Peruano respecto al ambiente y las condiciones en que deben crecer los menores de edad; sin embargo ello no significa que el Estado pueda obligar a los padres a que convivan como mecanismo para proteger a los menores , pero si puede, ante la ruptura de la relación entre los padres y la falta de acuerdo de ellos, intervenir para definir la estabilidad familiar del menor de edad fijando la custodia y el régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto. No obstante queda prohibido impedir al hijo que mantenga relaciones personales y contacto directo con los padres⁸¹.

⁷⁹ Así, el art. 2, inciso 1 de nuestra Constitución Política establece: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”

⁸⁰ Y por su parte el art. 4 de nuestra Constitución refiere que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescentes, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”

⁸¹ Ésta postura de nuestra Jurisprudencia en los temas de tenencia y patria potestad se encuentran plasmados en las diferentes sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y contenidas en los Expedientes N° 00862-2010-PHC/TC, N° 00400-2010-PHC/TC y N° 02892-2010-PHC/TC.

A continuación analizare el caso más emblemático, donde de una manera directa o indirecta podemos observar la presencia del síndrome bajo análisis, y como el TC ha reaccionado ante él.

A. Exp. N° 01817-2009-PHC/ TC: Caso emblemático J.A.R.R.A y V.R.R.A

En este caso el TC declaró fundado un Habeas Corpus sobre un menor de edad al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, integridad, así como a tener una familia y no ser separado de ella.

Se trata de la demanda de habeas corpus que interpone la Sra. Shelah Allison Hoefken a favor de sus dos menores hijos contra el padre de los niños Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, solicitando el cumplimiento del régimen de visitas establecido a su favor por resolución judicial firme obtenido dentro del proceso de divorcio, así como la medida cautelar que ordena la entrega de los niños a la madre, y se ordene al emplazado que permita a sus hijos interactuar con ella, toda vez que en más de una oportunidad les impide que puedan verla tal como se ha dejado constancia en las actas de verificación policial respectivas⁸².

El Tribunal determina que si bien en la vía ordinaria se ha determinado un régimen de vistas a favor de la demandante, por las circunstancias que rodean el caso y por los derechos que se encuentran afectados así como los beneficiarios de los mismos, el proceso de habeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver, se establece que existe más de un acto lesivo ya que el padre ha vulnerado los derechos de los menores de edad a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de seguridad y afecto, a la integridad personal por los actos de agresión que se le imputan al progenitor y el desacato a la orden judicial que disponía mediante medida cautelar la entrega inmediata de los niños a la madre (medida anticipada sobre el fondo de

⁸² Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. Op. Cit., fundamento 1.

variación de tenencia de menores), lo que ha vulnerado su derecho a la libertad individual.

Cabe mencionar que el Tribunal al hacer el análisis del caso concreto y exponer los hechos que se han venido desarrollando, es sabido que uno de los niños fue entregado a su madre efectivamente durante el descerraje y allanamiento que traía consigo la medida cautelar de variación de tenencia, sin embargo pese a que dicha medida dispuso expresamente la entrega de los dos niños, uno de ellos seguía en custodia del padre.

Todo ello, según palabras, del Tribunal pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos que este ha realizado en vez de generar unión familiar han ocasionado que la desintegración familiar generada por el divorcio se acreciente⁸³.

Cabe señalar, que por las acciones ordenadas por el TC, ordenando la entrega inmediata del menor de edad que se encontraba retenido de manera indebida por su padre, este hizo finalmente entrega del menor con fecha 20 de noviembre del 2009, un mes des pues volvió a retirarlo del hogar maternal, siendo que la madre nuevamente acude a la instancia jurisdiccional a fin de que por una represión de acto homogéneo, se le vuelva a obligar al padre a hacer entrega del menor de edad.

Mas, en ninguna de las resoluciones emitidas, por el supremo intérprete de la constitución se hace referencia explícita al SAP, más bien la referencia directa a este se encuentra en la tramitación ante el poder judicial de esta disputa, exactamente en Sentencia recaída en el Exp. N° 425-2010 de la Segunda Sala de Familia de la Corte superior de Justicia de Lima, emitida con fecha 10 de agosto del 2010, en la cual se concede la medida anticipada sobre el fondo de

⁸³ *Ibíd.*, fundamento 38 y ss.

variación de tenencia de los menores a favor de la progenitora, por el síndrome detectado en las pericias psicológicas practicadas tanto a los niños como a los progenitores.

Donde se observa que el padre está realizando un adoctrinamiento de sus menores hijos en contra de su madre, siendo que estos han tomado como suyos los comentarios y opiniones negativas que el padre tiene de la madre, el equipo multidisciplinario sostiene en sus informes que lo sucedido calza en lo que se ha denominado SAP, dando relevancia a la necesaria intervención terapéutica que necesitan los menores de edad y sus progenitores sujetos del proceso judicial.

2.2.3.3. Casuística en las diversas Cortes Superiores de Justicia del Perú

A. Exp. N° 000243-2011 Primera Sala Civil de Piura⁸⁴

Se trata de un proceso de suspensión de la patria potestad por las causales de abandono material y moral de menor e incumplimiento de las obligaciones alimentarias y tenencia instaurado por el Sr. Juan Carlos Falshaw López en su calidad de abuelo de la menor de iniciales I. M. C. F contra el padre de esta Jorge Renzo Castillo Paz.

El juzgador después de analizar de manera conjunta los medios probatorios otorgados por las partes, en los cuales no se evidencia por parte del progenitor haber incurrido en abandonado material y moral a su hija por haberse encontrado residiendo en Alemania, por motivos de estudio de maestría, asumiendo sus obligaciones para con su hija a través de la figura de sus familiares directo residentes en Perú; por lo tanto se determina la existencia de deseos de superación del demandado en aras del bienestar familiar lo que no supone un abandono material o moral para con su menor hija.

⁸⁴Perú. Segundo Juzgado de Familia de Piura. Exp. N° 243-2011, Piura, 2012.

Ante ello se declara infundada la demanda de suspensión de patria potestad, considerando la importancia del nexo que debe existir entre padre e hija, valorándose el hecho de haber buscado siempre la progenitora (fallecida) fortalecer el referido nexo a través del acercamiento de su hija a la familia paterna, conforme se advierte de las fotografías corrientes en autos.

Por otro lado el juzgador, no desconoce el rol de los abuelos, pero precisando que el padre tiene un rol diferente como crianza, relación, comunicación y los inherentes a la patria potestad, el cual no puede ser sustituido por los abuelos cuando sí existe la figura de éste y; por otro lado, atendiendo básicamente al interés de la niña de iniciales I. M. C. F, se llega a la conclusión basado en los informes emitidos por el equipo multidisciplinario del juzgado, que existe manipulación e influencia negativa por parte de los abuelos maternos hacia la figura del padre, por lo que no correspondería amparar lo peticionado por cuanto ello podría generar un mayor rechazo de la niña hacia su padre, lo cual podría repercutir negativamente en su vida adolescente y adulta de la referida niña.

En este caso si bien los informes psicológicos hacen mención directa al SAP, el juzgador y posteriormente la Sala no lo hace de esta manera, haciendo solo referencia a la existencia de manipulación e influencia negativa por parte de los abuelos maternos hacia la figura del padre, sin llamarle directamente SAP.

B. Exp. N° 000979-2012 Corte Superior de Huarua⁸⁵

En el presente caso, también se rompe el esquema tradicional de los que sostuvieron en un inicio la existencia del SAP, que señala que la madre es la alienante y que es el padre el que se eleva como víctima de tales abusos, que lo separan de la convivencia normal con sus hijos, después de una ruptura conyugal.

⁸⁵ Perú. Juzgado de Familia Permanente de Huarua. Exp. N° 0979-2012. Huarua, 2014.

Se trata nuevamente de un padre alienante, quien sumado a su familia, había favorecido un evidente rechazo por parte de una de sus hijas hacia la madre, a la cual le negaba cariño y ofendía con frases groseras. De hecho la crianza de la niña corría a cargo de la familia paterna y era la nueva pareja del padre quien había adoptado el rol de madre, de manera que la niña la reconocía como tal, denotando un marcado rechazo hacia su madre biológica, es decir en la práctica se estaba suplantando a la madre real.

Ante la supuesta presencia del SAP, nuevamente evidenciado mediante el trabajo realizado por equipo multidisciplinario mediante pericias psicológicas y psiquiátricas, la Sala ordeno que ambos progenitores compartan la tenencia y así la niña pudiera gozar de su derecho de mantener relaciones personales con ambos progenitores, en base a la novísima figura de la tenencia compartida o coparentalidad, además se establece que todos los miembros del grupo familiar deben recibir una adecuada terapia psicológica que les permita sobreponerse a los traumas psicológicos que estuvieron afrontando por la presencia del síndrome.

C. Exp. N° 000075-2012 Segunda Sala Civil de Ica

En este caso analizado, el Poder Judicial estableció que el SAP es una forma de maltrato infantil, por ello el progenitor alienante debe perder la tenencia del hijo pese a la existencia de un acuerdo conciliatorio a su favor.

Se trata de un padre que interpone una demanda de tenencia de su hijo, afirmando que la madre abandono el hogar y que fue ella misma la que le hizo entrega del niño mediante una declaración jurada.

El juez de primera instancia declaro infundada la demanda debido al informe psicológico practicado al niño y a su padre, en el cual se acreditaba que aquel sufría de SAP, ante ello el demandante interpone un recurso de apelación.

Los jueces superiores analizaron nuevamente todos los medios probatorios aportados por las partes (declaración referencial del menor de edad, informe psicológico, informes sociales, declaración de la demandada y acta de conciliación), y de ello se pudo constatar que el infante en la realidad en los hechos no vivía ni con el padre ni con la madre sino con el abuelo y una tía paterna, lo cual mostraba el incumplimiento del acuerdo conciliatorio en donde se le otorgaba la tenencia del menor al padre; y, además se acreditó que el menor sufría del SAP, siguiendo con los informes practicados en primera instancia, anomalía que habría sido causada por el padre del mismo.

Con estos criterios, pese a contar con un acuerdo conciliatorio que le otorga la tenencia de su hijo, la Sala establece que el SAP es una forma de maltrato infantil, por lo que el menor de edad víctima de dicho síndrome, no puede permanecer con el padre alienante, de lo contrario se estaría amparando un tipo de violencia que provocaría, entre otras cosas, la destrucción total del vínculo con el otro padre y problemas psicológicos irremediables en el menor, y que era necesario que reciba tratamiento para restablecer su salud psicológica.

Asimismo se ordenó que el niño deba ser cuidado por su madre, a fin de garantizar su salud mental, así como también se dispuso que los padres se sometieran a terapias psicológicas y charlas de orientación.

Como vemos en este caso, se basa la resolución judicial en entender que el SAP es un tipo de violencia familiar además de una patología que no podría ser amparada por el Derecho, y que amerita revocar la sentencia de primera instancia en los aspectos que no se protegió el interés superior del niño y confirmó la suspensión de la tenencia del padre respecto a su menor hijo.

Personalmente, me parece una sentencia muy interesante, pero no deja de llamar la atención la firme recepción del SAP; cuando, tal como he venido señalando a lo largo de mi investigación, a nivel internacional existe gran controversia dentro de los especialistas de la psicología y medicina respecto a su existencia y validez como síndrome, ello por entender que no existen elementos que lo avalen en su existencia en sí misma, sin embargo es de rescatar, que al margen de estas consideraciones, se puede apreciar que fueron bien valorados los aspectos facticos del caso y considerar como interés supremo la salud integral del menor de edad.

D. Exp. N° 001003-2012 Primera Sala Civil de Piura⁸⁶

El presente caso se trata del recurso de apelación interpuesto por Sergio Hernán Dedios Mimbela contra la Sentencia de primera instancia, que declara infundada la demanda de reconocimiento de tenencia interpuesta por el citado progenitor; y, fundada la demanda de tenencia interpuesta por Susana del Carmen Segovia Trauco, y que en consecuencia, le otorga la tenencia de la menor S. V. D. S a la madre de esta.

En primera instancia además se restringe el régimen de visitas al demandado de manera provisional por seis meses a más, por entenderse que el progenitor ejercía una influencia negativa en la menor de edad antes citada, por lo que tendría que cumplir con someterse a tratamiento terapéutico, y según el informe favorable que obtenga se le otorgara un régimen de visitas a su favor.

Es el caso que la pareja se encuentra separada por, según cada uno de ellos, problemas por violencia familiar; que según el acuerdo conciliatorio al que llegaron sería la madre quien ostentaría la tenencia de la niña sin embargo al momento de iniciarse el proceso el demandante tiene bajo su custodia a su hija al haberla retirado del colegio sin el

⁸⁶Perú. Primer Juzgado de Familia de Piura. Exp. N° 1003-2012. Piura, 2014.

consentimiento de la madre, a pesar del acuerdo verbal que tenían, que consistía en que el demandado lleve y recoja a su hija del colegio; no asistiendo la menor de edad a su centro educativo aduciendo la madre que el progenitor pretende cambiarla de escuela

Asimismo, existen problemas en cuanto al pago de la pensión de alimentos acordada a favor de la niña ya que el padre no tiene trabajo, no es económicamente estable, pero a pesar de ello ha existido contacto directo a manera de visitas entre el padre y su hija.

Se realizaron las pericias psicológicas necesarias para determinar lo que resultaría ser más beneficioso para la menor involucrada determinando que el padre de la niña, no ha mostrado colaboración con la labor de la justicia y de esclarecimiento de los hechos; poniendo en evidencia que ha vulnerado el derecho de su menor hija a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberle impedido sin justificación alguna que pueda ver a su madre, siendo que su comportamiento, en vez de generar la integración familiar generada por la separación con la madre de ella, ha ocasionado que éste se acreciente.

Es de resaltar que la analizada sentencia al hacer referencia a la situación psicológica de la menor de edad señala directamente que, amparándose en los informes psicológicos, y conforme al comportamiento de la niña y sus declaraciones cuando ha sido interrogada en sede policial y fiscal, está claro que la ha sufrido el denominado Síndrome de Alienación Parental, puesto que antes del proceso judicial mantenía una relación cordial con su madre con quien vivía día a día, y ello también mostró de manera esporádica durante el proceso judicial al tomarse fotos con ella, e indicar que sí que quería que la visite; no obstante, inicialmente sus declaraciones eran inconsistentes refiriendo hechos de agresiones físicas y psicológicas de cuando era muy pequeña, de lo cual es poco probable que se acuerde, para luego indicar que dichos sucesos se los había contado el padre; y,

finalmente, persistir en que quería quedarse con el padre y no ver a su madre, adoptando así el síndrome antedicho.

Por la fecha en que data la resolución, 08 de setiembre del 2014, el juzgado y la Sala hacen referencia directa al controvertido síndrome, señalando en más de una oportunidad que el padre encuadra en la sintomatología del progenitor alienador; mostrado renuencia a que la madre se comunique con la menor de edad, que la visite inclusive bajo la supervisión del personal de Apoyo del Equipo Multidisciplinario del Juzgado; es decir, propiciaba un ambiente hostil de la menor respecto de su madre, tratando de alejarla lo más posible; pues, el padre y su entorno familiar en vez de facilitar la comunicación y relación con la madre, han distorsionado la figura materna, con lo que en vez de contribuir al desarrollo de la niña, la han afectado.

Finalmente el Juzgado considera que a la menor le favorece permanecer con la madre, pues así recuperaría su estabilidad emocional y despejaría las contradicciones respecto a la figura materna, de quien se evidencia que sí tiene afecto; caso contrario, sacarla nuevamente de ese entorno de “recuperación” sería distorsionar nuevamente su aspecto psicológico, hasta verse comprometido su situación educacional y de salud, como había ocurrido durante el periodo que estuvo con el padre, y podrían originarse repercusiones irreparables y deformación de la personalidad respecto al estado normal de otros niños⁸⁷.

La Sala revoca la sentencia en el extremo por el cual se dispone restringir el régimen de visitas al demandado de manera provisional por seis meses a más, en virtud al Interés Superior del Niño reconocido en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y lo señalado por el inciso c) del artículo 84 del mismo cuerpo normativo, por lo que se fija un régimen de visitas a favor del padre, lo cual constituirá un valioso aporte al crecimiento afectivo de la menor de edad, y en razón a ello deberá

⁸⁷ Perú. Sala Civil de Piura. STC N° 1003 – 2012. Piura, 2012. Antecedente N° 2.

asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto; y que además resulta ser un derecho de los hijos.

E. Exp. N° 001535-2014 Primera Sala Civil de Piura⁸⁸

El referido proceso judicial es seguido por Alvin Denim García Córdova contra Dolores del Pilar Lozano Chiroque sobre Régimen de Visitas, en primera instancia se declara fundada en parte la demanda interpuesta y en consecuencia, se procede a fijar el régimen de visitas de la siguiente manera: **a) durante los primeros seis meses**, contado a partir de la ejecución de la presente resolución: los días sábados de 11:00 am a 02:30 pm, con externamiento; y, **b) a partir del sétimo mes**: los días sábados de 02:30 pm a 06:30 pm y los días domingos de 11:00 am a 03:00 pm, con externamiento; el día de cumpleaños de la niña, el día del padre y navidad, de 11:00 a 03:00 pm, con externamiento; para lo cual debe recoger a su hija en el domicilio de la demandada y regresarla en las horas antes indicadas y ordena someterla a una Terapia Psicológica, a fin que los dos primeros asuman su rol de padres con solución adecuada de temas relacionados a su hija, eviten indisposición mutua frente a su hija y tengan pautas de crianza adecuada y no contradictorias, y fomenten la interrelación paterno-filial; así como la niña pueda internalizar progresivamente la existencia de un padre, y relacionarse de manera adecuada con él.

El juzgador señala directamente que existen signos de alienación parental y condicionamientos al aspecto económico del cariño paterno filial, influenciado por la madre, que únicamente habrían generado rechazo de la niña hacia su padre, y una conducta que no la beneficia, sino que al contrario la perjudica, pues para el normal desarrollo de un niño, éste necesita identificar a los padres de manera correcta, diferenciando los aspectos negativos y superando los aspectos superfluos; la crianza de los hijos se hace en virtud de la

⁸⁸Perú. Segundo Juzgado de Familia de Piura. Exp. N° 1535-2014. Piura, 2015.

inculcación de valores, amor comprensión y no indisposición mutua entre padres.

La demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, entre otras cosas señalando que; toda vez que la menor de edad tiene posición clara respecto a los sentimientos a su padre y su distanciamiento, no se le puede imponer la presencia de su padre, más aun si este no ha tenido un comportamiento constante y permanente dentro de los parámetros de la tranquilidad, la paz y la armonía con su menor hija.

Lo señalado por la demandante en mi opinión no hace más que reafirmar la postura del juzgador, tal como también lo entiende la Sala en la sentencia de vista, ya que de los informes psicológicos practicados por los miembros del equipo multidisciplinario de la corte tanto a los padres como a la niña; se advierte que esta última presenta características de alienación parental; lo cual determina que los espacios de visita deban ser con externamiento, a fin de permitir una mejor interacción e interrelación entre padre e hija.

Cabe precisar, que en la sentencia apelada dicho medios probatorio ha sido analizado en conjunto con todo lo actuado, citando las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, de conformidad con los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil.

Nótese que ya en este caso la sentencia de vista evita directamente hacer referencia al SAP, sino que como es visto habla de presencia de características de alienación parental en la menor de edad, ello en concordancia con lo señalado por la Academia de la Magistratura respecto al tratamiento del citado problema psicológico, tal como lo explique en apartados precedentes.

2.2.4. Formas actuales de identificar y actuar sobre el SAP en el ámbito de los procesos judiciales

En esta parte de mi investigación, hare referencia a la manera en que los Tribunales de Familia Peruanos han lidiado hasta el momento con la problemática que plantea el SAP, con independencia de la denominación que le demos, ya que como hemos señalado lo importante, sin lugar a dudas; será velar siempre porque el interés superior del niño no se vea afectado de modo alguno.

Así pues, bajo esta premisa y sin tener una legislación específica sobre el tema, en esta etapa final de mi investigación no podría negar las consecuencias que los problemas psicológicos y emotivos atañen en los procesos judiciales, y lo que es más importante en la vida de las partes involucradas es decir los menores y sus familiares.

Haciendo referencia al caso exclusivo de los procesos de familia, la separación produce en las partes involucradas dos tipos de problemas: el ajuste personal al divorcio y la adaptación al nuevo papel de padre divorciado e hijo de padres separados. Todo ello conlleva al aumento de los niveles de estrés, ansiedad y depresión, algo que se manifestara a lo largo del desarrollo del proceso judicial⁸⁹.

En primer lugar los jueces no han sido ajenos a entender que los procesos de divorcios y separación, implican cuestiones complejas cuando hay hijos de por medio y que el tema de la tenencia y el régimen de visitas requiere la participación no solo del juez, sino también de los equipos multidisciplinarios, formados por especialistas en psicología, medicina y asistentes sociales. La tarea de estos equipos de apoyo a la justicia es de gran responsabilidad porque versaran al juez para que su decisión sobre la vida futura de los menores de edad sea lo más favorable para el mejor interés de los niños.

⁸⁹ DIAZ COLORADO, Fernando. *Psicología y Ley*. Colombia: Psicom, 2011. p. 235- 247.

El juez para poder decidir en el proceso, tiene que conocer indubitablemente los hechos que rodean al mismo (circunstancias de vida familiar, antecedentes a la separación, etc.), estos hechos serán la base del juicio que se emitirá, y forman parte del sistema probatorio que es un plan enlazado tendiente a que el proceso judicial se lleve a cabo en forma coherente y científica

Dentro del sistema probatorio en caso de emitirse un informe psicológico que haga referencia a la presencia del SAP o de indicadores de alienación, o de cualquier otra patología que atente contra el interés superior del niño, los jueces deberán aplicar en primer lugar la Declaración de los Derechos del Niño donde consta la indicación de que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión, además de que siempre que sea posible debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres⁹⁰.

También se debe aplicar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que emerge como la norma supranacional suscrita y promulgada por el Perú, con mayor autoridad sobre temas de tenencia y régimen de vistas de los menores vinculados en procesos de divorcio o desintegración familiar, así pues está en más de uno de sus articulados ordena que los estados partes deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, ya que es un derecho del menor de edad a mantener relaciones personales y de contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello, claro está, fuera contrario al interés superior del niño, o si no colaborara con su crecimiento físico y psicológico íntegro y adecuado⁹¹.

⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño. ONU, 1959. Principio N° VI: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita 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 de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.”

⁹¹ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño refiere ciertamente que los estados partes deben velar por la unión y convivencia de los padres e hijos en cuanto es

Dentro de la legislación interna nuestra Constitución Política, regula el marco general destinado a preceptuar la protección del niño, madre, anciano y la familia, además de referirse al matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad. Se declara que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono⁹².

Siendo más específicos, se debe observar las normas referentes a la patria potestad y la tenencia en general⁹³ y contemplar bajo ese filtro cuál de los padres es aquel que se encuentra mejor capacitado no solo económicamente sino también psicológica y moralmente para poder ejercer la tenencia de los hijos, y con ello ser el responsable directo, ya que es el que conviviría día a día con el menor de edad, de la correcta formación del hijo en todos los aspectos de su personalidad; siempre claro está entendiendo que ejercer la tenencia también incluye permitir que el otro progenitor no conviviente sea parte de dicha formación⁹⁴.

De manera específica el Código de Niños y Adolescentes⁹⁵ enerva el muy importante principio del interés superior del niño y adolescente, y señala que el niño tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, los que carezcan de esta tienen derecho a vivir en un ambiente familiar que les brinde los cuidados necesarios para su desarrollo adecuado.

También tema importante, como lo hemos desarrollado en puntos precedentes de la presente investigación, es el respeto a la opinión de los niños y adolescentes en los asuntos que le conciernen, de manera específica en el art. 12 de la Convención, así como en los artículos 9, 81 y 85 del CDNA, donde se encuentra

un derecho de todo niño mantener la relaciones personales con sus progenitores. Así lo indican el artículo 3,7, 9 y 18 de la mencionada norma.

⁹² Constitución Política del Perú. Op. Cit., Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”.

⁹³ Véase el punto 2,3 y 4 del presente trabajo.

⁹⁴ Código Civil Peruano. Op. Cit., Artículo 423: referente a los deberes y derechos que deberán ejercer los padres en ejercicio de la patria potestad.

⁹⁵ Código de los Niños y Adolescentes. Op. Cit., Artículo IX del Título Preliminar y el Artículo 8.

recogidos dichos preceptos, con los cuales los jueces al momento de decidir sobre la tenencia de los menores así como el régimen de visitas a su favor, deben darse un apoyo para la toma de decisiones más justas y coherentes con la visión de velar en todo momento por el bienestar superior del niño.

Finalmente como ya hemos señalado, este marco legal, de apoyo a las decisiones judiciales, se cierra con lo establecido en el art. 84 del CDNA en el cual se señala que se priorizara el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor garantice el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor, con lo que podemos concluir que de no existir esta predisposición o de generar impedimentos para ello, se puede variar la tenencia ya que al impedir el contacto directo entre padres e hijos se está vulnerando los derechos fundamentales de los menores, y ejerciendo violencia familiar.

En mi opinión la última parte del art. 84 antes señalado, es la que abre paso a que en un futuro se pueda incluir en nuestra legislación, como una forma de contradicción a lo ordenado por este precepto, al SAP, regularlo y hasta señalar posibles sanciones para los progenitores que lo incumplan.

En el campo de la investigación, los autores que defienden la existencia de este síndrome, respecto a la prevención y en las maneras como los tribunales de familia y partes involucradas deben enfrentar un trastorno tan grave, a nivel internacional se han establecido cuatro visiones del SAP que tienen en común reconocer indiscutiblemente la existencia del mencionado síndrome y reconocer que uno de cada cuatro niños involucrados en procesos de tenencia o régimen de visitas, padecen, en alguna medida, algún tipo de alienación parental.

Así pues la primera visión sobre el tema es la otorgada por la Dra. LOIS ACHIMOVICH⁹⁶, dedicada al estudio de los abusos sexuales y la respuesta judicial ante estos, relaciona el SAP con las

⁹⁶ ACHIMOVICH, LOIS. *El Síndrome de Alienación Parental Revisitado*. EE.UU. 1999. p. 15. [Consultado el 24.03.2016]. Disponible en: <<http://anonymum.braveshot.com/achimovich.pdf>>

falsas alegaciones de abuso sexual, concluyendo que sin la falsa acusación de abuso sexual, no podría existir el SAP.

Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de esta investigación, desde el año 1999, con la reformulación de la teoría de Gardner, queda claro que el SAP ya no se encuentra relacionado necesariamente con la denuncia falsa de abuso sexual.

En esta primera visión, se señala que es imposible negar la existencia del SAP, ya que se le observa todos los días y en muchas más familias de las que se podían imaginar, sin ninguna discriminación de raza o condición social.

La segunda visión reciente sobre el SAP, la expone la profesora JOAN S. MEIER⁹⁷, quien ha hecho una amplia revisión del SAP y una dura crítica sobre la no inclusión del SAP en el DSM V.

Establece nuevamente que el SAP está asociado a las denuncias falsas de abusos sexuales y reitera las críticas a la teoría de Gardner, como ya se ha señalado en este trabajo. Sin embargo señala que la teoría ha sido acogida por los operadores jurisdiccionales lo que genera que no se pueda alegar la inexistencia de la misma, aunque si exista bastante desconocimiento sobre el tema.

Ante ello sugiere aspectos básicos a considerar para crear una política unificadora al momento de identificar y trabajar contra el SAP⁹⁸. En primer lugar la preponderancia en evaluar el abuso, si este es real, excluye de antemano cualquier alegación sobre el SAP. En segundo lugar se necesitan operadores jurídicos y equipos multidisciplinarios que tengan verdadera experiencia en abuso infantil y violencia doméstica, de lo contrario deben solicitar asesoría externa para obtener un resultado verdaderamente justo en los tribunales, en tercer lugar señala que los temas de alienación

⁹⁷ Profesora de la facultad de Derecho de la Universidad George Washington y directora del programa de violencia doméstica.

⁹⁸ MEIER, JOAN. Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Research Reviews [Síndrome de Alienación Parental y Alienación Parental: revisiones de las investigaciones]. 2009. [Consultado el 28.09.2015]. Disponible en: <http://www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_PAS.pdf>

deben poseer dos elementos importantes el niño que es hostil sin razón alguna con el padre alienado y rechaza las visitas y la conducta activa de alienación por parte del padre alienador , por lo que excluye los casos en que el progenitor alienador realiza dichas conductas pero no surten efecto en los niños. Finalmente señala que las soluciones a estos casos deben consistir en mejorar la relación con el progenitor alienado pero que no es necesario castigar al alienador, sino que este debe entender que su actuar es injusto y grave y colaborar a restablecer las relaciones paternas filiales.

La tercera visión es la sostenida por el Dr. DOUGLAS DARNALL⁹⁹ quien creó una serie de escalas del SAP, que pueden tener gran utilidad dentro de los procesos judiciales, para descubrir la presencia del SAP y las tácticas más utilizadas por los progenitores alienadores como es la entrega a los niños de información inapropiada o innecesaria sobre la relación con el otro progenitor, amenazas o inculcación de miedo a los menores de edad para con ello condicionar su actitud hacia el otro progenitor casi siempre no conviviente, realizar comparaciones peyorativas, negar el acceso a los hijos, etc.

El autor además señala que no considera adecuado que los niños testifiquen frente a un tribunal en temas de tenencia pues ello podría generar un problema de lealtades con alguno de los progenitores.

Finalmente la última de estas visiones recientes sobre el SAP es la de la Psicóloga AMY J. L. BAKER¹⁰⁰ quien define al SAP como una forma específica de desorden estructural de la familia.

En su libro entrevista a personas de ambos sexos que sufrieron SAP y las consecuencias que ello generó en sus personalidades ahora que son adultos. Las conclusiones más importantes de su investigación son entre otras que el SAP ocurre junto a otras formas de maltrato infantil, siendo en sí mismo una clara forma de abuso infantil dentro de la familia, que se presenta

⁹⁹ DOUGLAS, DARNALL. *Bajas de Divorcio: Comprendiendo la Alienación Parental*. EE.UU: Taylor Publishing, 2008.

¹⁰⁰ Psicóloga por la Universidad de Columbia. Autora del libro “Niños adultos del Síndrome de Alienación Parental: Rompiendo las Ataduras”

como un proceso y no un evento de abuso emocional que genera un impacto para toda la vida de las víctimas.

Todo lo señalado, solo es una muestra de todo el debate que se da en torno a la existencia del SAP, y de las consecuencias nefastas que traería consigo, que es muy importante combatirlo con las armas adecuadas, que los tribunales no deben ser ajenos a esta realidad, para que así sus fallos sean realmente acorde a la verdad y en busca de salvaguardar los intereses de todas las partes, pero en especial de los menores involucrados.

2.2.5. La intervención necesaria de un equipo multidisciplinario dentro de los juzgados de familia: informes de vital importancia

El Equipo Multidisciplinario está conformado generalmente por psicólogos, trabajadoras sociales, educadores sociales y/o promotores sociales, docentes y personal de salud, quienes de acuerdo a su especialidad, brindan su apoyo asesorando al juez para que sus decisiones sean más justas e integras¹⁰¹.

El fundamento de su creación reside en velar por la salud psicológica de las partes involucradas en un proceso judicial, en casos de familia en la mayoría de veces, velar por el interés superior del niño o adolescente, siendo que los equipos multidisciplinarios existen para garantizar que un especialista realice valoraciones pertinentes que den un contexto lo más puro posible de la situación real que enfrenta el juez, y finalmente sus decisiones sean las más acertadas posibles.

Según los arts. 19 y 150 de CDNA se establecen la creación del Equipo multidisciplinario como personal de cada Juzgado, los cuales entre otras funciones deben emitir dictámenes técnicos, para efectos de la evaluación correspondiente, así como emitir recomendaciones para la toma de medidas judiciales.

¹⁰¹ Poder Judicial del Perú. *Conócenos. Equipos Multidisciplinarios*. Perú. [Consultado el 27.09.2016]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Centros+Juveniles/s_centros_juveniles_nuevo/as_centros_juveniles/as_conocenos/as_equipo_multidisciplinario/>

Por otro lado, los arts. 82 y 87 del CDNA indica que “si resulta necesaria la variación de la tenencia, el juez ordenara, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva...”; y, para la solicitud de la tenencia provisional “... el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del equipo multidisciplinario, previo dictamen fiscal...”

Los Equipos multidisciplinario de los Juzgados deben de estar integrado al menos por un médico, un psicólogo y un asistente social¹⁰² los cuales desarrollaran funciones específicas, pero interrelacionadas entre sí, a fin de ofrecer informes lo más completos y veraces posibles.

Estos especialistas deben poseer destreza y sensibilidad social para trabajar con personas en conflicto, que muchas veces al ser menores de edad podrían ser fácilmente manipulables. Se debe emitir el diagnóstico clínico acerca del estado de salud actual de las partes y ofrecerle a la Autoridad Judicial la elaboración de informes que requiera la ley para determinar o confirmar la existencia de algún problema o circunstancia que deba ser tomado por el juzgador al momento de emitir sus dictámenes.

Los profesionales integrantes de estos quipos multidisciplinario deben tener además, habilidad y disponibilidad para el trabajo de campo (visitas domiciliarias) que permitan realizar los estudios sociales pertinentes, a fin de brindar información del menor sobre su dinámica familiar, situación económica, entorno social y socioeducativo.

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, los Estudios psicológicos y psiquiátricos resultan ser de vital importancia cuando nos encontramos ante situaciones como las descritas frente al SAP o sus criterios de identificación (sintomatología), ya que el diagnóstico positivo sobre la existencia del mismo podrá, unido a los demás medios probatorios aportados, hacer la diferencia

¹⁰² Código de los Niños y Adolescentes. Op. Cit., Artículo 149; “El Equipo Multidisciplinario estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales. Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes”.

fundamental sobre que progenitor es el que se encuentra mejor capacitado para afrontar la tenencia de los menores de edad y la responsabilidad que ello atañe. Un mal diagnóstico o una valoración psicológica deficiente además de obstaculizar el proceso de administración de justicia, traerá como consecuencia el apañamiento, quizás no intencionado, de violencia intrafamiliar y vulneración de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

En mi opinión, además de todo lo antes señalado, el trabajo del equipo multidisciplinario también debe significar el participar en las coordinaciones interinstitucionales que faciliten el desarrollo de su trabajo y la proyección social del juzgado en sí, a fin de identificar potenciales problemas que pudieran ocurrir, como también capacitar e informar a los operadores jurisdiccionales sobre aspectos psicológicos que muchas veces ellos desconocen. Lo que yo llamaría una función didáctica.

El equipo multidisciplinario será el puente directo entre el juez y las partes, ya que serán los llamados a observar y realizar las entrevistas médicas necesarias a los menores de edad como a las personas de su entorno para poder tener una valoración más especializada de la situación que permita tener clara la conducta reales de las partes en el proceso como cualquier condición física o mental que, independientemente del resultado del proceso judicial, sea de importancia para resguardar el correcto e íntegro desarrollo del menor de edad.

Para ello se deben lograr crear un ambiente de confianza básica, que facilite la realización de sus estudios que conducirán a informes veraces e íntegros.

Su trabajo se realiza a través de entrevistas con las partes, las cuales no solo permiten obtener la información de manera directa sino también poder hacer un examen completo observando el lenguaje gestual que muchas veces podría ser señal de lo que verdaderamente está sucediendo en el entorno de las partes involucradas.

Para facilitar esta interacción con las partes, opino que es conveniente que inicien las entrevistas con preguntas generales (cotidianas) que estén hechas según la edad e idiosincrasia de las partes en el proceso. De manera sencilla realizar el Estudio Biopsicosocial¹⁰³, cumpliendo el objetivo principal de adentrarse en la intimidad de los miembros de la familia y lograr entender sus motivaciones, virtudes y defectos.

Los especialistas deben mantener una actitud de escucha, atención e interés a los mensajes verbales, corporales, silencios y llantos de los menores de edad, sin impedir que se expresen libremente. Se debe tener muy en cuenta que si partimos de la premisa que con nuestro cuerpo expresamos nuestros sentimientos, porque además de la comunicación verbal utilizamos la comunicación no verbal (gestos, ademanes, posturas, etc.) la observación que realicen de todo este conjunto es una técnica valiosa en la evaluación psicológica, ya que permitirá conocer el estado de ánimo del niño o adolescente, así como su actitud ante el proceso judicial y el nuevo contexto familiar que afronta.

Además de ello, tomando como referente que la comunicación es una característica propia del ser humano, el objetivo de la entrevista debe ser motivar al niño o adolescente a brindar información sobre su historia de vida, a fin de tener un conocimiento completo de su persona. Se debe tomar en cuenta que el menor de edad está enfrentando un proceso judicial y que se siente más seguro guardando silencio o repitiendo frases escuchadas de los mayores que lo rodean, por lo que es importante que se desarrollen las entrevistas en ambientes de confianza, que no haga sentir amenazado al menor de edad. Soy de la idea que el equipo multidisciplinario debe tener como objetivo poder establecer más que un interrogatorio, una conversación, que tenga un hilo conductor que permita cumplir el objetivo principal que es determinar si existen o no manifestaciones físicas o psicológicas

¹⁰³ El modelo biopsicosocial es un modelo o enfoque participativo de salud y enfermedad que postula que el factor biológico, el psicológico (pensamientos, emociones y conductas) y los factores sociales, desempeñan un papel significativo de la actividad humana en el contexto de una enfermedad o discapacidad. De esta manera, la salud se entiende mejor en términos de una combinación de factores biológicos, psicológicos y sociales y no puramente en términos biológicos.

que muestren que el menor de edad se encuentra afectado por alguna circunstancia que distorsiona su opinión de sus progenitores o que encubre un caso de abuso familiar.

En la mayoría de los casos, me parece prudente que las entrevistas deben ser individuales, ya que solo así se podría ver como se desenvuelve el hijo si la interacción directa con los padres, y apreciar de esta manera si la sintomatología que podría presentar es similar a la que se presenta en los casos donde la doctrina especializada ha creído conveniente señalar la presencia del SAP; en casos donde el síndrome no es muy claro o existen opiniones distintas sobre su presencia o no, algunos autores señalan que de ser necesario se realiza una intervención en crisis del menor para restablecerlo emocionalmente y luego se continúa la valoración psicológica¹⁰⁴.

La misma intimidad debe existir en la entrevista a los familiares del menor involucrado en el caso, a fin de ampliar la información sobre la historia de vida y conocer datos que él/ella difícilmente maneje acerca de su etapa pre y postnatal, desarrollo psicomotor, enfermedades infantiles, accidentes, etc. por su parte el psicólogo en conjunto con el trabajador social deben analizar la información de cada caso, lo que le permitirá al equipo brindar las recomendaciones de manera integral, en lo general y lo específico.

Escapa al contenido de esta investigación, señalar las técnicas psicológicas o médicas que deben establecer los equipos multidisciplinarios que trabajan en los juzgados a fin de cumplir sus objetivos, sin embargo lo que sí, se quiere rescatar, es la importancia vital que estos tienen como apoyo a la función jurisdiccional, ya que en casos como los presentados ante la apariencia del SAP, muchas veces los jueces no podrían por si mismos encontrar y entender como todo el contexto que aparece en el litigio judicial, puede ser solo una apariencia ya que por ejemplo; la opinión del niño hacia uno de sus progenitores se encuentra viciada, el progenitor que aparece como víctima es en si el victimario, como se encuentra el menor sometido a una violencia

¹⁰⁴ENGEL, GEORGE. *La necesidad de un Nuevo modelo medico: el cambio por la biomedicina*. Estados Unidos: Asecsa , 1997. p. 323.

psicológica grave, etc. Son los informes multidisciplinarios los que ofrecen al juez la valoración adecuada y profesional de la situación, a fin de que este contando con todas las armas que le permitan tomar una decisión acertada, pueda emitir resoluciones judiciales justas, integrales, y acordes a la verdad que puedan en realidad velar por el interés superior del niño.

Los informes psicológicos son instrumentos donde se exponen o detallan las circunstancias referentes a la investigación o estudio que constituirá un medio de prueba ante los Tribunales, donde se dictaran los fallos correspondientes¹⁰⁵.

Los peritos forenses son los responsables de elaborar estos informes según su especialidad, basados en los estudios y conclusiones a los que arriban.

El perito, de ninguna manera, podrá emitir un informe pericial para favorecer a una u otra parte, sino que proporcionara información sólida y veraz sobre el tema materia de investigación, de tal manera que se pueda unir al bagaje probatorio que poseerá el juzgador como base para tomar una decisión lo más justa posible.

El informe pericial psicológico o peritaje psicológico, tiene como objeto el análisis del comportamiento humano, por lo que el perito debe tener un contacto directo con el observado, que no se podrá limitar a una visita, sino que deberá ser un trabajo pausado a lo largo de la investigación, para llegar a resultados que tengan certeza científica razonable.

Si en las evaluaciones se encontraran algunas patologías o trastornos será conveniente utilizar las clasificaciones internacionales vigentes como el ICD X o el DSM IV ello permite el ordenamiento y facilita la comunicación con los operadores de justicia; y es precisamente aquí donde el SAP encuentra su mayor dificultad de aplicación, pues como he señalado a lo largo de esta investigación, este no cuenta con el reconocimiento internacional

¹⁰⁵ Concepto contenido en el Curso II: Intervención del Psicólogo en los Juzgados de Familia, realizado por la Academia de la Magistratura en la ciudad de Piura.

de las entidades especializadas en la materia y que recogen las enfermedades mentales que han sido aceptadas en consenso por la comunidad científica.

Ante ello es que, tal como se explicó líneas arriba, expresamente la Academia de la Magistratura ha prohibido el uso del término SAP, para diagnosticar aquellas conductas que se encuadrarían en la sintomatología descrita por los defensores del síndrome. Sino que se estableció que se señalaran en los informes psicológicos el término indicadores de alienación para hacer referencia a dichos casos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La necesidad de otorgar la tenencia de los hijos menores de edad a uno de sus padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad que se genera por el desmembramiento de la patria potestad. Ya que el ejercicio común de la tenencia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental.

SEGUNDA.- La tenencia y el régimen de visitas son instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación y tienden al logro de su desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en la vida adulta adecuadamente. Nuestra legislación establece diferentes vías para el otorgamiento judicial de la tenencia y el régimen de visitas siendo la primera y preferente opción, que estos sean determinados por el convenio estudiado y maduro de los padres, y solo subsidiariamente acudir a la vía judicial, cuando no se logre llegar a un acuerdo que permita preservar lo que es mejor para los menores de edad.

TERCERA.- Es en este contexto judicial que se pueden presentar problemas psicológicos como el controvertido síndrome de alienación parental (SAP) que, según los autores que defienden su existencia, consiste en la campaña de desprestigio realizada por uno de los progenitores en contra del otro, a fin de lograr en los hijos un rechazo

injustificado hacia este y su entorno familiar, y lleva también la propia colaboración del menor de edad para menoscabar la imagen del padre víctima de la alienación, el escenario tradicional donde se da a mostrar es en la separación conyugal durante los procesos judiciales de tenencia y régimen de visitas.

Sin embargo en el campo científico, existen autores de reconocida autoridad que niegan la existencia del mencionado síndrome, es más organizaciones e instituciones científicas de trayectoria muy sólida rechazan con rotundidad el carácter científico de esta teoría y advierten del peligro que supone aceptarla dentro de los procesos judiciales, por las medidas coactivas tan radicales que se aplican en caso de su diagnóstico (terapia de amenaza) y las consecuencias nefastas para el desarrollo del niño o adolescente.

CUARTA.- Al margen de las controversias ideológicas existentes sobre el SAP, y de su existencia científica o no, desde el punto de vista jurídico es evidente que el interés superior del niño impone la salvaguarda de las relaciones parentales, y si este se ve atentado, independientemente del nombre que le demos a tal vulneración, nos encontraríamos ante una forma de violencia familiar, que vulnera derechos fundamentales del menor de edad, establecidos en normas internacionales como nacionales sobre su derecho a vivir en un ambiente familiar adecuado teniendo contacto directo con ambos progenitores en la medida de lo posible y, siempre y cuando; no atente contra su desarrollo e integridad física como psicológica.

QUINTA.- El ordenamiento jurídico debe ser consciente de esta situación, y saber que estamos frente a una realidad en la que influyen factores meta jurídicos, por lo que no solo bastara el establecimiento de la tenencia o la variación de esta, ni un régimen de visitas, sino que mirando siempre el caso concreto se debe resolver atendiendo a lo que realmente resulte más conveniente para los hijos en el supuesto particular.

- SEXTA.-** Por todo el debate científico e ideológico que envuelve al SAP, hemos constatado que este, por razones obvias, no se encuentra reconocido en nuestra legislación, no existe un marco legal que prevenga y sancione los casos de alienación parental, prueba de ello es que el actual CDNA no menciona siquiera el termino alienación parental; y más allá de ello existe un desconocimiento severo del tema en los actores que trabajan con las procesos judiciales donde se ve involucrada la familia tanto jueces, fiscales, abogados, etc., por lo que el apoyo de los equipos multidisciplinarios resulta de vital importancia, sus informes periciales serán parte importante del bagaje probatorio que deberá analizar el juez al momento de emitir sus sentencias.
- SETIMA.-** Nuestro país, sin embargo y como se ha demostrado en este trabajo, no es ajeno a esta realidad y existe ya jurisprudencia sobre el tema, siendo las máximas instancias de la justicia las que han tenido que adoptar una decisión sobre el fondo en análisis, siempre buscando salvaguardar el interés superior de los niños y adolescentes, y tratando de dilucidar si las imputaciones contra uno de los padres son falsas, ya que si por el contrario existen pruebas de un real abuso que genere el rechazo del hijo hacia el padre, de ninguna manera podríamos hablar de SAP.
- OCTAVA.-** El conflicto social desencadenado por el SAP requiere una inmediata clarificación, que a nivel internacional se llegue a un concepto estandarizado del tema, del reconocimiento o no de su existencia, sintomatología y consecuencias, que ya permita tener una base para tratar directamente el tema, y con esa denominación, en el campo de nuestra ciencia jurídica, evitando así que las disfuncionalidades provocadas generen perjuicios en los procesos familiares.

NOVENA.- Finalmente quiero recalcar que aceptando o no la existencia del SAP como tal, todos los profesionales que puedan intervenir frente a estas cuestiones deberían contar con la formación suficiente que les permita conocer y detectar patologías psicológicas que puedan tratarse para la salvaguarda de los menores de edad, porque lo que es cierto es que se impone tener siempre presente como máximo referente, el interés superior de los niños y adolescentes, que ha de privar sobre los intereses de los padres y de las madres.

Toda forma de maltrato infantil, y vulneración de sus derechos, independientemente de la denominación que se le otorgue, debe ser considerada y legislada, de lo contrario estaremos violando severamente los derechos fundamentales de los menores de edad, destruyendo con ello personalidades, a la infancia y adolescencia que es el futuro del país.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR, José. *SAP, Síndrome de Alienación Parental – Hijos Manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. 2º ed. Madrid: Editorial Almuzara, 2006.
- ARIAS SCHEREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de Familia*. 3º ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
- BAQUERO ROJAS, E. y BUENROSTRO BAEZ, R. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Harla S.A., 1994.
- BERIZONCE, Roberto. *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar anticipatoria*. En: Revista de Derecho Procesal-Medidas Cautelares, N° 1. Lima, 1998.
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *Los problemas procesales en la determinación de la tenencia o régimen de visitas sobre hijos menores*. En: Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica, N° 253. Lima, 2011.
- BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia. *Código Civil Comentado - Primera Parte: Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2007.
- BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia. *Determinación de los alcances del principio del interés superior de los niños en los procesos de tenencia*. En: Gaceta Jurídica- Actualidad Jurídica. N° 221. Lima, 2012.

- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. *Tenencia y patria potestad: doctrina y jurisprudencia; tenencia de los hijos y régimen de visitas como atributos de la patria potestad. Aplicación del principio de interés superior del niño*. En: Revista Peruana de Jurisprudencia – Normas Legales, N° 20, vol.16. Lima, 2002.
- CANALES TORRES, Claudia. *Patria potestad y tenencia: nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2014.
- CANALES TORRES, Claudia. *Tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2012
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. *Madre Alienante*. En: Dialogo con la Jurisprudencia, N° 160. Lima, 2012.
- CASTEX, Mariano Narciso. *El injusto penal intrafamiliar*. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de Familia Peruano*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 1999.
- CRUZ BERDEJO, José. *Elementos de Derecho Civil IV – Familia*, 2° ed. Madrid: Dykinson, 2010.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de Menores*. 6° ed. Lima: Grijley E.I.R.L., 2002.
- DÍAZ COLORADO, Fernando. *Psicología y Ley*. Colombia: Psicom Editores, 2011.
- ENGEL, George. *La necesidad de un Nuevo modelo medico: el cambio por la biomedicina*. EE.UU: Asecsa, 1997.
- ESCUADERO, Antonio. *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): Terapia de la Amenaza*. En: Revista de la Asociación de Neuropsiquiatría. Vol. 28, fascículo 2, N° 102. Madrid, 2008.

- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Americano de Derechos Humanos, 2004.
- FERNÁNDEZ Y GODOY. *Manual de Psicología Forense. Síntesis*. Madrid: Dykinson, 2008.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima, 1990.
- FERREYRA, Brenda. *Violencia familiar y medicina*. Madrid: Dykinson, 2010.
- FERREYRA DE LA RÚA, A. Y BERTOLDI DE FOURCADE, M. *Régimen procesal del Fuero de Familia*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- GALLEGOS CANALES, Yolanda. *Manual de derecho de familia*. Lima: Jurista Editores, 2012.
- GARAY MOLINA, Ana. *Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio: tendencia unilateral o tenencia compartida (Coparentalidad)*. Lima: Grijley- Universidad de Huánuco, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 2009.
- GARDNER, Richard. *Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families. When psychiatry and the law join forces. [Enfoques psicoterapéuticos y legales a los tres tipos de familias síndrome de alienación parental. Cuando la psiquiatría y la ley unen sus fuerzas]*. EEUU: Addendum, 1991.
- GARDNER, Richard. *Should Courts Order PAS Children to Visit. Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study [En caso de que los tribunales ordenen sobre el SAP que ¿los hijos visiten o residan con el progenitor alienado? Un estudio de seguimiento]*. EEUU: Addendum, 2001.
- GARDNER, R. *True and False Accusations of Child Sex Abuse. Creative Therapeutics [Las acusaciones verdaderas y falsas sobre el abuso sexual de niños. Terapéuticas creativas]*. EEUU: Addendum, 1992.

- HOULT, Jennifer. *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law, and Policy*, *Children's Legal Rights Journal* [La admisibilidad probatoria del Síndrome de Alienación Parental: ciencia, derecho, y política]. EEUU, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo...”. En: Revista de derecho de daños, daños en las relaciones de familia. Argentina, 2008.
- ... *Informe especial: “El Síndrome de Alienación Parental es determinante para fijar la tenencia”*. En: Gaceta Civil y Procesal Civil, N° 06. Lima, 2013.
- PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2001.
- PLACIDO V., Alex. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica, 2° ed. Lima, 2012.
- PEDROSA, Delia S. *SAP Procesos de Obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores*. Buenos Aires: Editorial García Alonso, 2008.
- PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 4° ed. Lima: Idemsa, 2008.
- RAMOS RÍOS, Miguel Ángel. *Violencia familiar: Protección de las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Lima: Idemsa, 2013.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2° ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- SEGURA, GIL y SEPÚLVEDA. *El síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato infantil*. Madrid: Cuadernos de Medicina Forense, 2006.
- STILERMAN, Marta. *Menores: tenencia, régimen de visitas*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997.

- TORRES CARRASCO, Manuel. *Patria potestad, tenencia y alimentos*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2014.
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Estudios críticos sobre el código civil. Análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y su implicancia práctica*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2014.
- TORRERO MUÑOZ, Magdalena. *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*. Valencia: Práctica de Derecho, 1999.
- URIARTE, Jorge. *Nuevos casos de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 1996.
- VACCARO BAREA, Sonia. *El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetúa el maltrato y la violencia*. Madrid: Desclee de Browner, 2009.
- VALLEJO NÁGERA, Alejandra. *Hijos de padres separados: consejos para recuperar la armonía y el respeto ante un nuevo futuro*. Madrid: Editorial temas de hoy, 1993.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2012.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. En: Gaceta Jurídica. Lima, 2012.

Linkografía

ACHIMOVICH, Lois. El Síndrome de Alienación Parental Revisitado. EE.UU. 1999. [Consultado el 24.03.2016]. Disponible en: <<http://anonymum.braveshot.com/achyimovich.pdf>>

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. *Análisis sobre las bases científicas del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) y los riesgos de su aplicación como “trastorno médico y psiquiátrico” en los juzgados de España*. Madrid. [Consultado el 29.09.2015]. Disponible en: <<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=755>>

BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas*. 2008. [Consultado el 12.08.2015]. Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/03/29/aspectos-procesales-de-la-tenencia-y-del-regimen-de-visitas/>>

CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Chile. 2004. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf>

ESCUADERO, A., AGUILAR, L. Y DE LA CRUZ, J. (Dir.). *La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de custodia de menores. Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación*. Madrid, 2008. [Consultado el 30.08.2016]. Disponible en: <www.aen.es/biblioteca-y-documentacion/documentos-e-informes-de-la-aen/doc_details/52-la-construccion-teorica-del-sindromede-alienacion-parental-de-gardner-sap>

MEIER, Joan. Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Research Reviews [Síndrome de Alienación Parental y Alienación Parental: revisiones de las investigaciones]. 2009. [Consultado el 28.09.2015]. Disponible en: <http://www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_PAS.pdf>

Poder Judicial del Perú. *Conócenos. Equipos Multidisciplinarios*. Perú. [Consultado el 27.09.2016]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Centros+Juveniles/s_centros_juveniles_nuevo/as_centros_juveniles/as_conocenos/as_equipo_multidisciplinario/>

ROJAS FLORES, Luis. *Régimen de visitas y tenencia compartida: acerca de la necesidad de cambio de modelo*. 2008. Disponible en: <www.clasificadosperu.com.pe – Categoría Derecho>.

INDICE DE SENTENCIAS

1. De la Corte Suprema de Justicia de la República

Casación N° 2067-2010-Lima

Casación N° 5138-2010-Lima

Casación N° 1961-2012-Lima

Casación N° 5008-2013-Lima

Casación N° 370-2013-Ica

2. Del Tribunal Constitucional

Exp. N° 01817-2009-PHC/ TC – Exp. N° 425-2010 de la Segunda Sala de Familia de la Corte superior de Justicia de Lima

3. De las Cortes Superiores de Justicia del Perú

Exp. N° 000243-2011 Primera Sala Civil de Piura

Exp. N° 000979-2012 Corte Superior de Huarua

Exp. N° 000075-2012 Segunda Sala Civil de Ica

Exp. N° 001003-2012 Primera Sala Civil de Piura

Exp. N° 001535-2014 Primera Sala Civil de Piura