

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL PROCESO DE TENENCIA, RESPECTO DE LOS CRITERIOS
TÉCNICOS JURÍDICOS ORIENTADOS POR EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN
PARENTAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE, EN
BASE AL EXPEDIENTE N° 190-2009-1° JF**

INFORME FINAL DEL EXPEDIENTE PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Nombre

Diomedes Marco Antonio Zamora Valladares

Chiclayo, 26 de Abril del 2018.

**ANÁLISIS DEL PROCESO DE TENENCIA RESPECTO DE LOS CRITERIOS
TÉCNICOS JURÍDICOS ORIENTADOS POR EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN
PARENTAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE, EN
BASE AL EXPEDIENTE N° 190-2009-1° JF**

PRESENTADO POR:

ZAMORA VALLADARES DIOMEDES MARCO ANTONIO

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo
Toribio de Mogrovejo para Optar el título de**

Abogado

APROBADO POR:

Mtro. Manuel Jesús Fernando Bulnes Tello

Presidente del Jurado

Abog. Igor Eduardo Zapata Vélez

Secretario del Jurado

Abog. Betty Sulmi Anaya de Pauta

Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mis padres y hermanas, por su gran ejemplo de superación y valioso apoyo en todo momento.

AGRADECIMIENTO

A Dios por ser mi fortaleza en los momentos difíciles.

A mis padres por su apoyo incondicional en todos estos años de estudio, porque gracias a ellos obtendré mi título profesional.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INDICE

TABLA DE ABREVIATURAS

EXPOSICION DE MOTIVOS

RESUMEN

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN AL EXPEDIENTE Nº 190-2009-1º-JR.

1.1. Patria potestad.....	18
1.2. La tenencia.....	26
1.3. Interés superior del niño.....	31

CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTA

2.1. Elementos conceptuales relacionados al síndrome de alienación parental.....	39
2.2. Análisis del síndrome de alienación parental.....	45
2.3 Contexto de desarrollo del síndrome de alienación parental.....	47

2.4 Niveles de reacción ante el síndrome de alienación parental.....	53
2.5. Tratamiento del síndrome de alienación parental en la doctrina nacional y doctrina comparada.....	55

CAPITULO III: ESTRUCTURA Y ANALISIS DEL EXPEDIENTE N° 190-2009-1° JF – PRIMER JUZGADO DE FAMILIA, SOBRE LA TENENCIA Y ALIENACION PARENTAL

3.1 Demanda.....	62
3.2 Contestación de la demanda.....	65
3.3 Sentencia de primera instancia.....	68
3.4 Sentencia de vista de la causa, expedida por la Primera Sala.....	74
3.5 Casación de la corte suprema.....	75
3.6 Posición optada del análisis del expediente N° 190-2009.....	79
3.6.1 Criticas.....	80
3.6.2 Aportaciones.....	80
CONCLUSIONES.....	82

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANEXOS

TABLA DE ABREVIATURAS

A.Y.A.C	Ariane Yamilet Aragón Cruzatt
C.C	Código Civil
Cfr	Confrontar
CPC	Comisión de Protección al Consumidor
CPP	Constitución Política del Perú.
DDO	Demandado
DTE	Demandante
D. LEG.	Decreto Legislativo
EXP	Expediente
LAL	La Libertad
Ob Cit.	Obra Citada
S.A.P	Síndrome de alienación parental
T.C.	Tribunal Constitucional

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el presente trabajo analizaremos el expediente N° 190-2009-1JF, el cual es un proceso de tenencia, este pasa por diferentes instancias las cuales tienen criterios distintos pero lo que se busca con este análisis es precisar que criterios técnicos jurídicos tiene que optar el juzgador al momento de resolver es tipo de proceso, debido que siempre debe primar el interés superior del niño, así mismo el estudio del expediente nos da a conocer una patología psicológica denominada síndrome de alienación parental, el cual es estudiado de manera minuciosa debido a que es una figura que tiene mucha relevancia en los procesos de tenencia, cabe resaltar que de detectarse este síndrome de la alienación parental por cualquiera de los progenitores la decisión de juzgador puede cambiar de manera radical, esto en base al principio del interés superior del niño y adolescente, velando siempre por el menor que se encuentra de manera involuntaria en este conflicto paterno.

Entonces empezaremos mencionando que respecto a *“la institución de la tenencia del menor se da cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia sin embargo cuando no hay acuerdo el tema se complica porque será el juez quien resuelva dicha controversia”*¹, bajo dicho supuesto será el juez al momento resolver el otorgamiento de la tenencia a favor de uno los progenitores, deberá fijar necesariamente un régimen de visitas para el otro progenitor, siempre teniendo presente el interés superior del niño.

¹CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad y Tenencia*, nuevos criterios, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2014, p. 188.

Por tanto, “dentro de un proceso de tenencia o régimen de visitas, el operador jurisdiccional deberá evaluar en conjunto las pericias psicológicas, psiquiátricas, psico-somáticas a los menores, visitas sociales, declaraciones de las partes, declaraciones testimoniales y todo el caudal probatorio que se haya ofrecido oportunamente, que solicite el Ministerio Público o que se ordene de oficio, así como la entrevista con el menor, medios actuados dentro de la audiencia única en la que participa el fiscal de familia, quien luego emitirá dictamen previo a la sentencia.”²

De lo expuesto en el párrafo anterior denotamos que el juzgador tendrá que evaluar de manera paciente toda la información recabada en el proceso con la finalidad de emitir una correcta sentencia, entiéndase por esta que no vulnere el interés superior del menor.

Así mismo, respecto a la tenencia del menor se tornan diversos problemas pero uno de los resaltantes y que se tiene como materia de análisis en el presente trabajo es del Síndrome de Alienación Parental (SAP) el cual se define como “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor”.³

Ante lo citado podemos percatarnos que al materializarse la influencia del síndrome de alienación parental en los niños se va creando un sentimiento de “desgarramiento y desunión, un sentimiento de alejamiento, alienación y desposesión”⁴, creándose en el menor una percepción que lo hace concebir como propios los actos del progenitor alienador y el hijo se reviste de una personalidad

²VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2012, p.114.

³DÍAZ, U. *El Síndrome de Alienación Parental (SAP): Una Forma sutil de violencia después de la Separación o el Divorcio*. Editorial LexisNexis. Edición N° 24. Argentina 2006, p.56

⁴Aguilar Cuenca, José Manuel. *Síndrome de alienación parental –Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Editorial Almuzara, 2da.edición, España 2005, p.23

que cree auto elaborada, de tal suerte que resulta impermeable a las influencias de los demás.

Para la legislación española la alienación parental es un tipo de maltrato infantil, el cual es sancionado por el legislador, para esto “*el juez especializado utiliza acciones identificadoras de SAP, este tipo de actuaciones, constan normalmente en los expedientes en los Tribunales, y es el mismo juez que percibe acciones emanadas por el niño o adolescente de manera constante, entonces en protección de niños, niñas y adolescentes opta por la única salvación para el menor el cual es el cambio de tenencia*”⁵. El carácter definitivo de esta medida depende del comportamiento del progenitor alienador; esta medida debe ser acompañada con un tratamiento psicológico que se complica aún más porque el hijo no quiere cooperar.

En nuestra legislación no se encuentra regulada la figura del síndrome de alienación parental; sin embargo, existen casos frecuentes en los procesos de tenencia; por lo que resulta factible y tomando como base lo acontecido en el Expediente N° 00190-2009, sobre tenencia de menor y alienación parental, establecer ¿ Qué criterios técnicos jurídicos deben tenerse en cuenta para para la tratativa del síndrome de alienación parental, en la legislación peruana respecto a los procesos de tenencia en aras de salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente? ; entonces el presente trabajo tendrá como finalidad estudiar estos criterios técnicos jurídicos aplicados en los procesos tenencia y si estos fueron utilizados de manera correcta por el juzgador con objeto de no vulnerar el principio de interés superior del menor, todo esto a luz del expediente materia de estudio.

⁵ Aguilar Cuenca, José Manuel. *Síndrome de alienación parental –Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Editorial Almuzara, 3era.edición, España 2013, p.71

RESUMEN

El presente desarrollo de expediente es respecto a la casación: 381 – 2014, del expediente: 190 – 2009- 1er JF- LAMBAYEQUE, materia de tenencia y custodia donde las partes interviniente son; en calidad de demandante: Marco Martin Aragón Cornejo y en calidad de demandado Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas; a continuación se expondrá las etapas del expediente materia de estudio.

I. Etapa Postulatoria.

En el presente proceso el Sr. Marco Aragón Cornejo pretende el reconocimiento tenencia de su hija y el régimen de visitas para la madre de la menor, por lo cual decide interponer una demanda contra la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas alegando que cuando la niña tenía un año y tres meses de nacida la dejó a su cuidado con la finalidad que ella pueda culminar sus estudios y a su vez menciona que la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas jamás visitó a la menor.

La Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas contesta la demanda en base a los siguientes argumentos: menciona que por la difícil situación económica que atravesó encargó a su hija con el Sr. Marco Aragón Cornejo, pero que ella si visitaba a su menor hija, es más en varias oportunidades se quedaba a dormir en la casa de la madre del Sr. Marco Aragón Cornejo, ya que era el lugar donde residía la menor; sin embargo, conforme fue avanzando el tiempo la familia del Sr. Marco Aragón Cornejo iba indisponiendo a la menor en contra de la madre, incluso en una ocasión se originó un pleito entre la madre de la menor y la familia del Sr. Marco Aragón Cornejo, llegando a intervenir la policía apartando a la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas de la casa donde residía la menor, es a partir del pleito originado que familia del Sr. Marco Aragón Cornejo no deja que la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas visite a su hija.

Ante lo sucedido la Sra. Ingrid Cruzatt Cornejo interpone una demanda en el Tercer Juzgado de Familia solicitando la tenencia de su hija y a la vez solicita la acumulación del expediente a fin que no se emitan sentencias contradictorias, así mismo solicita que se le prohíba la salida del departamento y del país al Sr. Marco Aragón Cornejo con su menor hija porque se enteró que pretendía llevársela al extranjero, por resolución número once se acumulan los procesos, esto es, el proceso de tenencia instaurado por doña Ingrid Cruzatt Cornejo ante el 3er Juzgado Especializado de familia con el proceso sobre la misma materia iniciado por don Marco Aragón Cornejo en el Primer Juzgado Especializado de Familia .

Por resolución número dos de la Sala Vacacional Mixta de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque el Sr. Marco Aragón Cornejo otorga la tenencia provisional de la menor de iniciales A.Y.A.C.

II. Etapa Probatoria.

La audiencia única del proceso materia de estudio es suspendida y reprogramada al existir, sobre la misma materia y los mismos recurrentes, un proceso en el Tercer Juzgado de Familia que aún no había sido analizado por el juez sin embargo se procedió a su posterior acumulación. En realización a la programación de la audiencia única, se saneó el proceso, no prospera la conciliación, se admiten y actúan los medios probatorios y se deja en autos para sentencia.

III. Etapa Decisoria.

Se emite sentencia por resolución número sesenta y dos otorgando la tenencia de la niña a favor de la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas y establecen un régimen de visitas al Sr. Marco Aragón Cornejo; el Sr. Marco Aragón Cornejo apela y se concede la apelación que es resuelto por la Primera Sala Especializada Civil de Lambayeque bajo los siguientes fundamentos : que no está de por medio el derecho que tiene la madre o el padre de tener su hija a su lado, sino el derecho que le asiste a la menor involucrada, que debe vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que permita el desarrollo integral de su personalidad,

a que se respete su integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, así mismo en el presente proceso no se ha cumplido con las recomendaciones hechas en el protocolo de pericia psicológicas, tampoco se ha tenido en cuenta las pericias psicológicas aplicadas a la menor, su arraigo familiar, su opinión, desarrollo emocional y demás condiciones en que ha permanecido en el seno del hogar paterno, tampoco la resolución sesenta y dos regula un régimen de transición con grave riesgo de posibles traumas de la menor declarando la NULA la sentencia y ORDENAN que la jueza de la causa renueve el acto procesal teniendo en cuenta los fundamentos precedentes.

El Primer Juzgado de Familia de Lambayeque en nueva sentencia evaluando las pericias psicológicas de la menor se percata que la niña está siendo manipulada por el padre en contra de la madre encajando este acto en un síndrome de alienación parental el cual tiene como finalidad poner al menor en contra del otro progenitor, pudiendo llegar a odiarlo, lo cual colisiona con el interés superior del niño, ante tal hecho y velando el interés el Primer Juzgado de Familia de Lambayeque resuelve otorgar la tenencia de la menor a favor de la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas pero esta vez la entrega de la niña se hará en forma progresiva y con asistencia de una psicóloga que designará el juzgado y señalan un régimen de vistas a favor del Sr. Marco Aragón Cornejo.

IV. Etapa Impugnativa

El Sr. Marco Aragón Cornejo interpone el recurso impugnatorio de apelación contra la sentencia señalada fundamenta que no puede imponerse a la niña que pase a convivir permanentemente con una persona que, aunque sea su madre biológica, no ha alcanzado el grado mínimo de empatía que garantice una vida armoniosa y que asegure las mínimas condiciones de aceptación que permitan avizorar que las condiciones óptimas que presenta la menor pudieran continuar bajo la tenencia de la madre de quien la menor se ha encontrado separada por tiempo prolongado a consecuencia de la decisión de la propia madre; el recurso impugnatorio de apelación interpuesta por el Sr. Marco Aragón Contreras es

resuelto por la Primera Sala Especializada Civil de Lambayeque, la cual mediante resolución noventa y tres, y fundamentándose en que la niña no solo desea continuar viviendo con su señor padre sino también a lado de la familia de este, que tampoco resulta razonablemente justificable separarla de dicho entorno familiar si es que no se han dado la circunstancias especiales que exige la ley, y que la opinión de la menor debe ser tomada en cuenta, de no ser así resultaría violatorio entregarla en custodia a su señora madre; la Primera Sala Especializada Civil de Lambayeque REVOCA la sentencia contenida en la resolución setenta y cinco y la REFORMA declarándola FUNDADA , disponiendo que el Sr. Marco Aragón Cornejo continúe ejerciendo la tenencia de la menor de iniciales A.Y.A.C y que en ejecución de sentencia el juzgado disponga se realice terapias psicológicas al Sr. Marco Aragón Cornejo, Ingrid Cruzatt Cárdenas y a la niña por medio del Departamento de Psicología de esta Corte Superior de Justicia, a fin de que la citada menor se encuentre y mantenga estable en un ambiente de amor, comprensión y entendimiento entre ambos padre a fin que se desarrolle tanto física como psicológicamente dentro de un ambiente familiar y estable.

La Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas ante la disconformidad decide interponer un recurso de casación, el cual es resuelto por la Sala Civil Transitoria de Corte Suprema de Justicia, mediante casación N° 381-2014 en el presente proceso, el colegiado evalúa las infracciones normativas denuncias, entiéndase por estas la infracción normativa procesal y material, arribando que la resolución anterior no tiene falta de motivación porque ha cumplido con precisar el por qué y debido a que se ha llegado a la conclusión final; el Colegiado Supremo se percata en que en el proceso se dieron visitas guiadas por el asistente social según mandato judicial y se llega a la conclusión que el acercamiento de la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas con la menor no ha sido facilitado por parte del Sr. Marco Aragón Cornejo ni por sus familiares, también se demuestra que el en proceso que existe el Síndrome de Alienación Parental o también denominado lavado de cerebro el cual transforma la conciencia de los menores mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

V. Etapa de Ejecución.

Por todo lo expuesto podemos señalar que en cuanto a la pretensión de la demanda, en casación, se resuelve otorgar la tenencia basándose en : que la niña de iniciales A.Y.A.C puede llegar a rechazar a su madre, desfavoreciéndola en su desarrollo integral, lo cual le originaría un grave daño a la menor y pudiendo generar una ruptura en la relación de madre – hija, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia decide declarar FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Sra. Ingrid Cruzatt Cárdenas, CASARON la sentencia de vista noventa y tres, y CONFIRMARON la resolución apelada numero setenta y cinco, obteniendo así la tenencia de la menor de iniciales A.Y.A.C y estableciendo un régimen de visitas a favor del Sr. Marco Aragón Cornejo.

Palabras claves: Derecho de familia, patria potestad, tenencia, alienación parental, interés superior del niño.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinar si la menor Arianne Yamilet Aragón Cruzatt ha vivido conjuntamente con ambos padres hasta la edad de un año y cinco meses de edad.

Establecer si doña Ingrid Magali Cruzatt Cardenas (madre de la menor) se alejó de lado de la hija por motivos de estudio, económicos y trabajo.

Determinar si la madre pese a la distancia siempre se ha preocupado en su menor hija económicamente o si ha sido Marco Martin Aragón Cornejo quien ha cubierto íntegramente las necesidades de su hija que ha permanecido y lo sigue haciendo hasta la fecha.

Establecer si la menor de iniciales A.Y.A.C. se encuentra desarrollando convenientemente a lado del padre debiendo la madre únicamente visitarla en horario adecuado a su edad y nivel familiar.

Fijar si el cambio de vida familiar respecto a la menor Arianne Yamilet Aragon Cruzatt será favorable para su desarrollo psico-social.

Determinaremos si la menor recibo por parte de alguno de los progenitores una alienación parental la cual retardaría su correcto desarrollo personal.

Estipular si la menor Arianne Yamilet Aragon Cruzatt, no contara con estabilidad emocional viviendo a lado de la madre, porque sería un cambio drástico de la vida familiar.

Determinar cuál de los padres garantizaría un correcto desarrollo para la menor y las condiciones en las que se facilitarían el régimen de visitas para el otro progenitor.

OBJETIVOS

Estudiar los criterios técnicos jurídicos que deben tenerse en cuenta para la tratativa del síndrome de alienación parental, en la legislación peruana, respecto a los procesos de tenencia, a efecto de salvaguardar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Describir las instituciones jurídicas de la patria potestad, tenencia e interés superior del niño.

Analizar la figura jurídica del Síndrome de Alienación Parental, y que efecto tiene en los procesos de tenencia.

Explicar la importancia del interés superior del niño, de tal forma que se pueda llegar a una suficiente motivación jurídica en los procesos de tenencia.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN AL EXPEDIENTE N° 190-2009-1º-JR

En el presente capítulo trabajaremos las figuras jurídicas que se desarrollan en el expediente materia de estudio, las cuales son: patria potestad, tenencia e interés superior del niño, dichas figuras tendrá un tratamiento concreto y a luz de nuestra legislación.

1.1. Patria potestad

1.1.1. Naturaleza de la patria potestad

La patria potestad se encuentra regulada en el Art. 418º del Código Civil Peruano y sus demás características que derivan de este se encuentran reguladas en los artículos siguientes del mismo.

Según PLACIDO “*La institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre presenta su origen y su carácter que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual perdura exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, realizado solo por el ascendiente varón de más edad.*”⁶

Asimismo, según CANALES “*Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo*

⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2010, p. 22

que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño. Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos.”⁷

Comentando lo de las citas anteriores podemos notar que la normativa revela la verdadera función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo. Aunque la actual regulación legal no expresa esa función en interés del hijo, la Convención sobre los Derechos del Niño completa el vacío.

Nuestro Código Civil, y en forma reiterativa el código de los niños y adolescentes, enumeran los deberes y facultades de la patria potestad; los que se pueden resumir de la siguiente manera:

“Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, corregirlos moderadamente, representarlos, administrar y usufructuar sus bienes.”⁸

En el modo de ejercer esas facultades también se tiene en cuenta la personalidad del hijo a través de la necesidad de considerar sus opiniones, en función de la edad y madurez.

Es importante también resaltar el contenido recíproco de la patria potestad, en cuanto a los deberes de los hijos; a quienes se les impone obedecer a sus padres y respetarles siempre; y, en la medida de sus posibilidades, cuidar a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad. Sobre el deber de obediencia, éste se impone solo a los menores de edad sujetos a patria potestad. Con relación a

⁷ CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad y Tenencia*, nuevos criterios, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2014, p. 78

⁸VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2012.,p.93.

los deberes de respeto y cuidado, en cambio, se imponen a los hijos con independencia de que estén sujetos a la patria potestad, ya que han de tributar respeto y cuidados a sus padres siempre. No son, por tanto, los deberes de respeto y cuidado una manifestación de la patria potestad, sino un efecto permanente de la relación paterno filial, que aunque tiene un carácter ético acentuado, no deja de tener sanciones civiles y penales.

“En el orden civil las faltas graves de respeto y reverencia hacia sus padres cometidas por los hijos, así como abandonarlos encontrándose aquéllos gravemente enfermos o sin poder valerse por sí mismos, se constituyen como justas causas de desheredación cuando reúnan las características marcadas por la ley.

En el orden penal, es constitutivo de una falta contra las personas, imponiéndose las correspondientes penalidades a los hijos de familia que falten al respeto y sumisión debidos a sus padres.”⁹

Por ello mencionamos que la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos. En ella están estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley.

⁹CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*, editorial GRIJLEY. Lima, 2011, p.65.

1.1.2. Características de la patria potestad

La patria potestad se caracteriza por ser un derecho subjetivo familiar, que importa relaciones jurídicas recíprocas de padres a hijos y viceversa. Impone deberes y derechos entre unos y otros. De hecho, por su naturaleza la patria potestad no alcanza a los ascendientes, ni parientes colaterales. Cualquier otra persona que cuide de un menor de edad, lo hará a título de tutor.

- Se regula por normas de orden público, ya que de por medio está el interés social.
- Es una relación de autoridad de los padres, debido al vínculo de subordinación de los hijos con respecto a aquellos.
- Tiene finalidad tuitiva, en tanto está dirigido a la protección y defensa de los hijos, y del patrimonio de estos.
- Es intransmisible, no es posible, por tanto, que los padres deleguen los deberes que les impone la patria potestad sobre sus hijos.
- Es imprescriptible, irrenunciable e indisponible.
- Es temporal, ya que puede restringirse, suspenderse o extinguirse. Está sometida, según Suárez Franco, *“a la mayoría de edad de edad del hijo, luego a la vida del padre y de la madre, a la emancipación del hijo y, por último, a una decisión judicial.”*¹⁰
- Es una facultad que está regulada por la ley, por lo que su carácter no es absoluto, sino que se rige por aquella. En tanto sus normas son de orden público y rango constitucional, no es posible pactar contra ellas, cualquier pacto que contravenga su naturaleza sería nulo y no produciría efecto alguno.

¹⁰ROBERTO SUÁREZ, Franco. *Derecho de Familia, Volumen 2*. Editorial Temis Librería, Texas. 2009, p.28

Dentro de las características según ROBERTO SUAREZ podemos enmarcar tres figuras que están enteramente ligadas a la patria potestad las cuales son:

A) Suspensión de la patria potestad

“En tanto la Patria Potestad es un conjunto de deberes y derechos sujeto a temporalidad, es susceptible de ser restringido, y por tanto, la ley establece los supuestos en que se manifiesta dicha limitación, evidentemente dichas restricciones estarán determinadas por inadecuadas conductas de quienes son sus titulares, los padres.”¹¹ Ante lo mencionado es oportuno que la ley es la que establece dicha limitación debe ser judicialmente declarada.

Debemos distinguir, además, entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo, la primera alude a la legitimidad y reconocimiento del derecho, en tanto el ejercicio, es la posibilidad fáctica de obrar el derecho, de hacerlo efectivo. Siguiendo este razonamiento, cuando el Código de los niños y adolescentes legisla las causales de suspensión de patria potestad (artículo 75º), se establecen supuestos de hecho que de configurarse ocasionan el cese temporal de la patria potestad, por lo que se mantiene la titularidad y se suspende el ejercicio; por el contrario, cuando hablamos de pérdida o extinción de la patria potestad, desaparece la titularidad y con ella, el ejercicio.

Para analizar las causales de suspensión de patria potestad, y concretamente la causal incorporada y junto a ella, el artículo bajo comentario, es preciso partir del contexto del ejercicio de la patria potestad, y es el artículo 419º del Código Civil, el que delimita este aspecto, señalando que, la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. Cabe indicar que, es inexacta la atingencia de esta fórmula legal durante el matrimonio, pues durante una relación convivencial también es completamente legítimo el ejercicio de la patria potestad.

¹¹PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2010, p. 37

En este orden de ideas, bajo un análisis sistemático del ordenamiento legal con relación a la patria potestad, resulta incongruente con el artículo 76º del Código de los niños y adolescente, “*el artículo 420º del código sustantivo aludido, señala: 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, en tanto el supuesto de separación de los padres no está contemplado dentro de las causales de suspensión del artículo 75º de aquél.*”¹²

El artículo 75º del Código de los niños y adolescentes, primigénicamente contempló como causales de suspensión de la patria potestad las siguientes:

- a) “ *Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;*
- b) *Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;*
- c) *Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;*
- d) *Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;*
- e) *Por maltratarlos física o mentalmente;*
- f) *Por negarse a prestarles alimento.*”¹³

Por ende podemos decir que resulta imprescindible señalar que, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no exonera al padre o madre, de cumplir con sus deberes, fundamentalmente del deber alimentario, consecuentemente, no es legal que el progenitor suspendido o privado definitivamente de la patria potestad evada su deber de asistencia a sus hijos.

¹². Código Civil, artículo 420º, Casos de decaimiento del vínculo matrimonial. Editorial Grijley. 2012 Edición 10ed, p. 540.

¹³Código de los niños y adolescente, artículo 74º, Suspensión de la patria potestad. Editorial jurista editores. Edición octubre 2012, p. 729.

B) Pérdida de la patria potestad

La pérdida de la patria potestad se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.

Las causales establecidas por el artículo 77º del Código de los Niños y Adolescentes son:

- a)" Por muerte de los padres o del hijo;*
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;*
- c) Por declaración judicial de abandono;*
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;*
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo precedente; y*
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46º del Código Civil."*¹⁴

Entonces de los supuestos mencionados en el párrafo anterior no cabe solicitar la restitución de la Patria Potestad porque esta quedó extinguida o porque su pérdida es definitiva.

Sin embargo, a pesar de que el padre o la madre haya perdido la patria potestad y, en consecuencia, no se encuentre en el ejercicio de una o varias de las facultades que dicha institución otorga, por ningún motivo cesará la obligación de proveer alimentos a sus hijos, en conformidad con el artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes.

¹⁴Código de los niños y adolescente, artículo 77º, Extinción de la patria potestad. Editorial jurista editores. Edición octubre 2012, p. 730.

C) Restitución de la patria potestad

Es en buena cuenta, el retorno a la situación de normalidad, antes de la restricción o limitación a la patria potestad y se configura cuando desaparecen las causas que determinaron tal privación en su ejercicio. Su importancia se funda en la especial obligación protectora que tiene al Estado frente a la institución familiar, se debe buscar que la familia esté consolidada y que en ella, sus miembros cumplan óptimamente sus roles, de padres a hijos, y viceversa.

Alex Plácido, apunta:” *por el principio de protección a la familia, el sistema jurídico tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento. Esta situación paterno filial exige que la relación se restablezca, recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos.*”¹⁵

De acuerdo a lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, la restitución de la patria potestad se realiza en sede judicial. El artículo 78º del citado cuerpo de leyes, establece “*Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.*”¹⁶

Entonces entiéndase que una vez desaparezca la causal de suspensión de patria potestad, el juez podrá restituirla al progenitor que en su momento fue privado de aquélla.

Asimismo menciono que en cuanto a la pérdida de la patria potestad, nuestra legislación la asimila al concepto de extinción de la patria potestad, tal como lo señala el artículo 77º del código de la especialidad, en cuyo caso no hay lugar a restitución.

¹⁵PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de familia*, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2010,p. 48

¹⁶BAUTISTA TOMA, Pedro; HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2006, p. 67

1.1.3. Finalidad

Podemos culminar diciendo que la finalidad de la patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar.

También que actualmente, la patria potestad no implica una relación de familia vertical (padre e hijo) sino una de relación de familia horizontal (padre e hijo) en la que tanto que se ocupa de regular esta misma materia uno como el otro tiene derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toman en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos.

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades, se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad.

Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integralidad de la vida de los hijos, sea aquella sicosomática (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniaria).

1.2. La tenencia

1.2.1. Regulación normativa y definición

La tenencia del menor se encuentra regulada en el artículo 81 del código de los niños y adolescentes.

La tenencia, básicamente es una institución que permite a los (o a uno de los) padres vivir juntamente con sus hijos (niños y/o adolescentes), orientado a la

protección integral de estos, con el fin de que pueda desenvolver su vida en sociedad.

“La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo 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 bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.”¹⁷

Entonces ante lo expuesto en los párrafos anteriores cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinara de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente tomando en consideración que se debe escuchar la opinión del niño.

1.2.2 Aspectos importantes para la obtención tenencia por alguno de los progenitores.

En este punto mencionaremos que para la obtención de tenencia de un menor, es un acto con expresa manifestación de voluntad por parte de los padre, de manera madura, razonable y adecuada para determinar a quién va atribuirse su ejercicio; de esta manera, puede hacerse extrajudicialmente, a través de la conciliación, y que mediante dicha acta conciliatoria se establecen los acuerdos no solo de tenencia, sino de alimentos y régimen de visitas, para que surtan efectos jurídicos, entre ambas partes. Además, puede recurrirse a la sede judicial esto solo será cuando entre los progenitores exista discrepancia, donde el magistrado competente determinara a quien atribuir la tenencia provisoria o definitiva.

Teniendo en cuenta que el código del niño y adolescente en su artículo 81 *“Establece que cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina en primer lugar de común acuerdo entre*

¹⁷ CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad y Tenencia*, nuevos criterios, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2014, p. 112.

ellos y tomando en cuenta el parecer del menor; así mismo podemos mencionar que la ley en sus artículos correspondientes menciona que requisitos debe cumplir el progenitor que desea la tenencia del menor y como debe ser valorado, cabe mencionar que la tenencia no es definitiva, por lo cual puede variar por decisión judicial, es decir no tiene la calidad de cosa juzgada, tal como lo establece la jurisprudencia nacional: en materia de tenencia no rige el principio de cosa juzgada ya que se admite la posibilidad de la modificación de la tenencia, por las circunstancias debidamente probadas, transcurriendo seis meses para tramitar una nueva acción.”¹⁸

En conformidad del párrafo anterior también diremos que dentro de los aspectos importantes para la obtención de tenencia tenemos requisitos; que exista una separación de hecho los padres; que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos; que existiendo acuerdo este sea perjudicial para el niño o adolescente y que el Juez tome en cuenta el parecer del niño o adolescente.

Así mismo existen tipos de tenencia para lo cual; *“La doctrina ha determinado la existencia de tres tipos de tenencias que son:*

- 1) La tenencia negativa, es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores, quedando estos bajo la responsabilidad de un tercero.*
- 2) La tenencia exclusiva o monoparental.*
- 3) La tenencia compartida, donde la patria potestad sigue correspondiendo a los dos progenitores.”¹⁹*

De lo expuesto en el párrafo anterior indicaremos que en el Perú solo se regulan dos tipos de tenencia las cuales trataremos de manera breve; las cuales son:

¹⁸ Código de los niños y adolescente, artículo 81°, Tenencia del niño y adolescente. Editorial jurista editores. Edición octubre 2012, p. 730

¹⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de derecho de familia*, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2010,p. 51.

A) Tenencia exclusiva o monoparental

También denominada por algunos otros autores como tenencia única, según el PLACIDO VILCACHAGUA, “*esta tenencia es otorgada solo a uno de los padres; y como excepción, en los casos referidos a los niños menores de tres años, la tenencia es otorgada preferencialmente a la madre.*”²⁰

Entonces analizando lo expuesto en el párrafo antepuesto arribamos que esta se fundamente en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, siendo una excepción los casos de referidos a los niños menores de tres años, respecto a quienes se otorga preferencia a la madre, en tanto, se presume que aún existe un nexo de necesidad biológica del niño de su madre.

B) Tenencia compartida o biparental

Denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, según PLACIDO VILCACHAGUA, la define como: “*La responsabilidad de los padres separados es conjunta respecto a los aspectos fundamentales de la vida de sus hijos, donde existe un mutuo derecho para decidir su desarrollo personal, basados en su educación, salud, recreación, brindando un amparo psicológico, un amparo emocional y sentimental en compañía*”²¹. Así mismo podemos acotar que este tipo de tenencia se encuentra regulada en el art. 81° (segundo párrafo) del código de los niños y adolescentes, que reconoce a esta institución.

Nuestro sistema normativo, concede a los padres de la posibilidad de elegir entre la tenencia exclusiva y la tenencia compartida a través de un acuerdo entre ellos; y como hemos venido mencionado de no existir acuerdo, será el juez especializado quien decida.

²⁰ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de derecho de familia*, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2010,p. 51.

²¹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Manual de derecho de familia*, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2010,p. 54

1.2.3. Finalidad

Como se viene mencionando la tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedara el menor.

Es importante decir, que de no existir un acuerdo por parte de los padres o si este acuerdo resulta perjudicial para el niño o niña, la tenencia la resolverá el juez especializada, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida.

Para ello, “cuando se emita una resolución judicial, debidamente motivada y respetando las garantías mínimas de un debido proceso, sobre la tenencia compartida, es necesario que se fije un régimen de visitas a favor del padre o madre que no se encuentre al cuidado de la niña en dicho período; de esta forma, se persigue estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones.”²²

Descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones,

De esta forma, los derechos del niño, es el tener y no ser separado de una familia, lugar primordial donde se deben satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y niñas, constituyendo la relación paterna filial, un elemento fundamental para el normal desarrollo de los niños en el Perú y el mundo.

Entonces podemos concluir diciendo que la idea de la figura de la tenencia es siempre tratar de que el menor goce de las mejores posibilidades a sus alcances

²² LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2008,p.26

para el desarrollo de su infancia y formación integral para su adolescencia: tranquilidad, tiempo y espacio para juego, dedicación, atención, buena alimentación, escolaridad, disciplina, y general, espacio para la creatividad y el equilibrado desenvolvimiento afectivo; recibiendo seguridad y buenos modelos para identificarse, indistintamente a cual sea el progenitor que se le otorgue.

1.3 Interés superior del niño

1.3.1. Regulación normativa y definición

Se encuentra contemplado en la ley N° 27337 (Código de los niños y adolescentes) en el Art. IX . Del título preliminar del mismo código.

“El principio del interés superior del niño o niña, igualmente conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las circunstancias materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.”²³

Se trata de una garantía de que las niñas y 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 conculquen. Así se trata de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

“El interés superior del niño es concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

- *Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta*

²³VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2012, p.147.

- *Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*
- *Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.”²⁴*

Ante lo mencionado en los párrafos anteriores y analizando en cuestión podemos precisar que el interés superior del niño o niña, tiene que ser entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

1.3.2 .Convención internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. *“En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar. Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la*

²⁴VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2012,p.153

materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.”²⁵

Si bien se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

De lo citado en el párrafo anterior podemos decir que la Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales.

Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención. Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados.

Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado

²⁵ Derechos del niño. *Los derechos del futuro – Declaración de ginebra*. [fecha de consulta: 13 IX. 2015) Disponible en: <<http://xn--derechosdelnio-2nb.com/declaracion-de-ginebra.html>>

pertenciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares. El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

“El estudio que dirigió Alston en 1994 recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos. En este sentido, la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en

aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo.”²⁶

Destacaremos entonces que el principio del "interés superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

1.3.3. El interés superior del niño como “principio garantista”

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia o contra ellos y es precisamente que mediante estos principios son los que garantizaran en bienestar del menor o adolescente.

“La Convención contiene "principios" que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes" entre los que destacan: el de no discriminación en el art.2, de efectividad en el art.4, de autonomía y participación en los arts.5 y 12, y de protección en el art 3. Estos principios como señala Dworkin son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.”²⁷

En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades.”

²⁶ Unicef. *Convención sobre los derechos del niño*. [fecha de consulta: 10 .IX 2015] Disponible en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf>

²⁷Unicef. *Convención sobre los derechos del niño*. [fecha de consulta: 19 .IX 2015] Disponible en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf>

No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. *“Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3 inc.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: 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 la que se atenderá será el interés superior del niño”*.²⁸

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, 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 conculquen. En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

²⁸Unicef. *Convención sobre los derechos del niño*. [fecha de consulta: 19 .IX 2015] Disponible en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf>

1.3.4 Importancia en los proceso de patria potestad, tenencia e interés superior del niño.

Podemos decir que teniendo en cuenta que en materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados, razón por la cual la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia dependerá de la particularidad de cada familia y de cada caso en especial.

Por ello arribamos a que la importancia de los temas antes expuestos son las siguientes:

- a) El principio de ejercicio unilateral de la patria potestad en el caso de padres no convivientes del art. 264 inc.2, se refiere a los que no han podido evitar las diferencias respecto del cuidado de los hijos. Por consiguiente, resulta injusto para los padres que no resignan su obligación compartida.
- b) Debe estimularse la participación activa de los padres, para que los hijos pueden entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno filiales más seguros.
- c) Que los padres puedan realizar acuerdos sobre tenencia compartida y que sean aceptados por los jueces, respetándoles la autonomía personal, siempre que no perjudique a los hijos, todo ello, con la previa evaluación del equipo multidisciplinario.
- d) Que las desventajas que pueda tener esta modalidad de tenencia puedan ser superadas con la cooperación de los padres, en tanto dejen de lado sus conflictos personales pos divorcio o separación, en mira del bienestar de sus hijos.

Ante lo tratado en el presente capítulo y en conformidad con nuestro objetivo específico, determinamos las figuras jurídicas que se presentan en el proceso

materia de estudio, las cuales son: patria potestad, tenencia e interés superior del niño; englobando así que la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos; la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo 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; y debe entenderse que por interés superior del niño como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las circunstancias materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños; a partir de lo expuesto concluyo diciendo que las figuras precisadas tienen como factor común garantizar el bienestar del menor , entiéndase por este bienestar todos los derechos que le son reconocidos e inherentes.

CAPÍTULO II

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

En este capítulo señalaremos que síndrome de alienación parental es una patología nueva en el ámbito judicial, que se analiza en el campo de las relaciones conflictivas entre familiares próximos, generalmente progenitores, provocando en un familiar independiente, generalmente el o los hijos una alienación o conducta de rechazo sobre un progenitor en particular.

Por su novedad en el ámbito nacional, existe muy poca referencia. Adicionalmente, existe una mala sistematización de la información porque no la abordan jurídicamente, desvirtuando su real contenido de ser una manifestación de violencia psicológica al interior de las relaciones padre – hijo – madre - tercero(a).

2.1. Elementos conceptuales relacionados al síndrome de alienación parental

2.1.1. Agente alienador, perturbador y progenitor

Es la persona que desarrolla una función o capacitación vinculada a su condición biológica o jurídica sobre un descendiente o dependiente familiar (sin importar su edad). En este sentido, los que pueden generar SAP pueden ser el padre, la madre, el padrastro, la madrastra o nueva pareja de alguno de los progenitores. Estas personas son los agentes alienadores o perturbadores.

Se desarrolla el concepto de progenitor, en realidad, para generar un desarrollo neutro de la condición del ascendiente que generalmente tiene el contacto con el alienado.

La patología igualmente puede ser extendida a las relaciones entre ascendientes y descendientes mayores de edad, principalmente cuando de por medio existe una condición que atenúa o limita las capacidades de ejercicio del dependiente familiar, quien generalmente es una persona de la tercera edad, sobre la cual pesan condiciones específicas (generalmente económicas) que lo convierten en víctima de sus descendientes próximos (los que convive) en contra de los demás con quienes no convive o tiene una relación fluida.

2.1.2. Descendiente o dependiente alienado

Respecto este punto BOUCHER PERIS menciona que sucede o nace el descendiente o dependiente alienado cuando, *“el integrante de una familia en crisis, puede ser descendiente o ascendiente dependiente, se ubica en una segunda relación familiar o matrimonial de alguno de los progenitores (segundo o tercer anillo de relación familiar), que desarrolla una conducta negativa y excluyente frente a otro familiar, generalmente su propio progenitor.”*²⁹

De lo citado entendemos que la condición del alienado en tanto edad, género, condición de educación, le resultan irrelevantes al agente alienador, perturbador o progenitor del cual depende (cuidados y manutención)

2.1.3. Agente receptor de la alienación

Es el que no tiene un contacto fluido, frecuente o periódico con el descendiente o dependiente o dependiente alienado y que decepciona el comportamiento condicionado por el agente alienador durante el periodo en el cual no tiene contacto con el dependiente.

Este agente receptor puede (y generalmente lo hace) revertir su pésima situación frente a los dependientes y se convierte en un agente alienador frente a su dependiente, cuando dispone del espacio en el cual desarrolla su vínculo o relación familiar.

²⁹ BOUCHE PERIS, Henri y otros. *Mediación y orientación familiar. Consideraciones generales necesarias para el abordaje de la atención familiar*. MADRID: DYKINSON, 2013, p.27.

2.1.4. Familia alienada

Son los demás miembros de la familia en crisis en proceso de separación o divorcio, o la que se encuentra en situación paralela a la nueva relación familiar o matrimonial de alguno de los progenitores.

La familia sufre de estos efectos y consecuencias es la familia amplia (abuelos, tíos, primos, sobrinos), en mayor medida frente a las otras clases de familia, la cual es considerada como familia invisible.

2.1.5. Alienación, proceso de alienación y de perturbación

Según FRANCOIS PODEVYN la alienación parental “*es el proceso, continuo o discontinuo, violento o superficial que involucra una acción predeterminada en contra de un familiar de un dependiente a efectos de relativizar negativamente sus condiciones y resaltar positivamente las aptitudes del agente alienador, para conseguir una mejor relación afectiva del alienado.*”³⁰

Este comportamiento del agente alienador implica cuatro niveles, que evolucionan de menor a mayor intensidad, dependiendo del nivel de diálogo entre los progenitores en conflicto.

A) Nivel competitivo

Entendiéndose que es el comportamiento del agente alienador que asume una condición de bueno, o divertido, frente al alienado para disminuir las capacidades del otro progenitor, sin implicar otra conducta negativa, efectiva o complementaria.

El comportamiento se registra en dos niveles, según las condiciones del alienado.

³⁰ ANASAP. Síndrome de alienación parental.[fecha de consulta: 21 .V 2016] disponible en: <<http://www.anasap.org./salud-mental/el-sindrome-de-alienacion-parental-pas-por-francois-podevyn/>>

- a) Cuando el alienado es niño o adolescente. El agente alienador realiza actos que conduzcan a una sobre calificación acerca de su persona en contraposición al otro progenitor, por ejemplo: con la compra y entrega de regalos deseados.
- b) Cuando el dependiente tiene una capacidad relativa o conoce las implicancias del conflicto familiar. El agente alienador otorga ejecuta acciones en beneficio desproporcional a favor del alienado, por ejemplo: con la compra o ejecución de actividades deseadas por el dependiente. Estas acciones se caracterizan por producirse al inicio de la crisis familiar y se mantienen a lo largo de todo el proceso de separación o división familiar debido a las necesidades afectivas del agente alienador.

B) Nivel obstruccionista

Por este nivel entendemos que es el comportamiento del agente alienador que implica una serie de acciones emocionales y efectivas en contra del otro progenitor, a efectos de impedir una comunicación con el alienado.

A lo mencionado en el párrafo precedente considero oportuno e idóneo decir que se denota a toda luz el comportamiento chantajista, el cual es asentido por el dependiente, debido a la crisis personal que presenta el agente alienador, quien se presenta vulnerable y requiere de una atención constante, especial y excluyente.

Ante esto FORWARD traduce este tipo de nivel en los siguientes comportamientos:

- a) *“Inscripciones en horarios y actividades extraordinarias en fechas y temporadas en las cuales el progenitor sin tendencia tendría un mayor contacto con el dependiente (vacaciones escolares, periodos de visitas o fechas especiales, como navidad, cumpleaños, etc)*
- b) *Ejecución de actividades extraordinarias o aparición de motivos extraordinarios que limitan el contacto con el otro progenitor, como*

aparición de enfermedades crónicas que no requieren atención médica bastando la atención afectiva, etc.

- c) *Cambios imprevistos en el régimen de visitas, sin fundamento objetivo y sobre la base de una necesidad o urgencia como fundamento del agente alienador.*³¹

Llegamos entonces a precisar que estas acciones se inician en la crisis familiar y se incrementan negativamente a medida que se desarrolla el conflicto familiar, y pueden agravarse en una etapa Judicial.

C) Nivel alienador judicial

En este nivel, agentes alienadores o receptores de la alienación inician el trámite judicial, debido a la comisión de los actos directos en contra de sus derechos.

*“Estos actos implican una conducta directa, sin que se requiera de un nivel de efectividad, porque dicha condición requiere de la participación del dependiente, el cual, por su madurez y capacidad, puede inclusive relativizar la conducta del agente alienador, no valorando, al actuar autónomamente.”*³²

Concluiremos que lo indicado en lo citado en el párrafo anterior se traduce en comportamientos, como:

- a) visualización negativa del otro progenitor.
- b) Exageración o sobrevaloración de las conductas negligentes o negativas del otro progenitor, principalmente contra el agente alienador.
- c) Categorización de la condición del otro agente en niveles negativos.

³¹ FORWARD, SUSAN Y FRAIZER, Donna. *Chantaje emocional*. Mexico: Diana, 2013.p.33

³² GONZALES, Maria y GIGOLI, Vittorio. *El cuidado de los vínculos: mediación familiar y comunitaria*. Bogota: universidad del Rosario, 2011, p.39

D) Nivel exterminador

Es cuando el agente alienador desarrolla, en forma complementaria y eficaz un nivel de obstrucción del vínculo del dependiente con el otro progenitor, en forma paralela, independiente alienado genera y categoriza al otro progenitor, como perjudicial en su desarrollo, negándose a tener un contacto con él por el temor de que se ejecute una acción en su contra, generalmente relacionada a un daño emocional (abandono material y moral), el cual es categorizado como padrectomia indirecta.

2.1.6. Criterios sociológicos

A efectos de generar una imagen clara sobre el ambiente en el que se desarrolla el síndrome de alienación parental, señalamos:

A) *“ Familia nuclear*

Es la que vincula y relaciona a progenitores e hijos (primer anillo familiar)

B) *Familia amplia*

Es la que incluye ascendientes en tercer grado y parientes colaterales (segundo o tercer anillo familiar)

C) *Relación matrimonial o familiar*

Es la que une a dos personas adultas en un contexto de relación afectiva, sin consideración de su evaluación objetiva porque incluye relaciones afectivas sin convivencia y las convivenciales, adúlteras (unión de hecho impropia) y matrimoniales (segundo anillo familiar)

D) *Familia extendida es la que incluye individuos de una segunda relación familiar o matrimonial (tercer anillo familiar)*

E) *Familia en crisis*

Es la que se encuentra inmersa en un conflicto entre los dos progenitores que son el sostén familiar (económico moral y familiar)”³³

³³ CHUNGA LAMONJA, Fermin. *Derecho de menores*, editorial GRIJLEY, Lima 2011, p.79.

Por lo cual las diferentes clases de familias presentadas van determinar el ambiente que se desarrolla el menor y he creído conveniente mencionarlas debido que a partir de estas podemos detectar si el menor está siendo inducido a una alienación parental o no.

2.1.7 Patología psicológica

Como vamos estudiando arribamos que el síndrome de alienación parental es una enfermedad psicológica, por cual considero oportuno mencionar lo que dice SERRANO CASTRO respecto a la patología psicológica , *“en el estudio de enfermedades mentales, la patología es una enfermedad psicológica, y la padece una persona que tiene o viene pasando por una crisis en el interior de una familia producto de conflictos entre los dos progenitores que son el sostén familiar. Producto de conflictos entre determinados individuos.”*³⁴

2.1.8 Alienación y patología intermedia

La conducta y actos generados por el agente alienador en contra del otro progenitor es una patología intermedia que se produce entre la obstrucción de vinculo, que genera posteriormente una padrectomia entre las partes victimas de la patología (el otro progenitor y el alienador)

2.2 Análisis del síndrome de alienación parental

2.2.1 Exteriorización del síndrome de alienación parental

La conducta alienante es realizada por el agente alienador, el cual puede ser uno de los progenitores de una familia en crisis y se manifiesta, en primer orden, cuando el progenitor con el derecho a la tenencia del hijo, ejecuta acciones en contra de aquel sin tenencia.

³⁴ SERRANO CASTRO, Francisco. *Punto de encuentro familiar: un recurso social alternativo*. Madrid: El derecho, 2011, p. 159

En forma de reacción, este progenitor reacciona ante tal conducta, y cuando tiene acceso al hijo (a través de su derecho a la visita), suele realizar la misma conducta criticable y comienza a generar en el hijo una situación de inestabilidad emocional con respecto al dependiente, a quien se le exige una conducta de fidelidad rechazo que le es imposible de cumplir (conflictos de lealtades)

En la mayoría de casos, la conducta de los agentes alienantes provoca una reacción de temor en el otro, el cual consideramos progenitor débil por cuanto es víctima de violencia familiar.

Las características frecuentes de este progenitor débil son:

- a) Dependencia económica frente al otro progenitor.
- b) Inseguridad personal para la ejecución de actividades sociales, profesionales (incluyendo la toma de decisiones)
- c) Dependencia emocional o efectiva frente al dependiente, como mecanismo de refugio, el agente alienador suele esconderse en el ser protegido, buscando una vinculación afectiva y sentí mental que enfrente el otro vínculo.

2.2.2. Pautas judiciales para el análisis del síndrome de alienación parental

Antes de continuar con la descripción del síndrome de alienación parental, señalamos tres elementos importantes.

- A) *“Consideramos pertinente la mención del termino agente alienador frente a la mención del termino padre o madre por cuanto existe la falsa creencia de que solo el padre o la madre es el alienador.”*³⁵

Los actos de alienación no corresponden a un género específico, son realizados eventualmente por quien tiene la tenencia de un dependiente familiar.

³⁵ TRIANES TORRES, Maria. *Estrés en la infancia: su prevención y tratamiento*. Madrid: Narcea, 2012.p.78

B) *“Consideramos dos tipos de progenitores: el alienante y el débil. Cada progenitor puede desarrollar ambas características y la variación dependerá del grado y momento de vinculación con el dependiente.”*³⁶

Así podrá ser agente alienador cuando tenga un contacto con el dependiente y, cuando cese este contacto, se convertirá en débil.

C) *“Se suele considerar que el momento del inicio del SAP es el divorcio o la separación efectiva entre los progenitores, situación que no compartimos porque las parejas no necesariamente llegan a contraer matrimonios, situaciones de vinculación temporal (convivencia o concubinato) que les otorgue derechos, en términos legales.”*³⁷

De lo expuesto en los párrafos anteriores descubrimos a que síndrome de alienación parental surge en las familias en crisis, sin excepción.

2.3. Contexto de desarrollo del síndrome

Esta patología se desarrolla, sobre todo, en familias en crisis, en proceso de separación o divorcio y en la etapa posterior al proceso judicial que se plantea para dilucidar los derechos y obligaciones entre progenitores de la primera relación familiar o matrimonial. Se manifiesta en:

2.3.1. El inicio de la crisis familiar, la separación y conflicto entre los progenitores

Los factores que pueden provocar la crisis familiar y proceso de separación de los progenitores, los podemos separar en los siguientes niveles:

³⁶ TRIANES TORRES, Maria. *Estrés en la infancia: su prevención y tratamiento*. Madrid: Narcea, 2012.p.79

³⁷ TRIANES TORRES, Maria. *Estrés en la infancia: su prevención y tratamiento*. Madrid: Narcea, 2012.p.79

A) Factores condicionantes objetivos

Estos factores son aquellos que las leyes sobre violencia familiar detallan como causales para interponer una denuncia penal o un planeamiento de separación de cuerpos y posteriormente una solicitud de divorcio.

En el ámbito civil, un adulterio o una infidelidad, la injuria grave, la conducta deshonrosa u otras que detalla la ley constituyen elementos objetivos justificativos para el comportamiento del agente alienante.

2.3.2. Niveles de generación del síndrome de alienación parental

Las conductas generadoras del síndrome de alienación parental se dividen en dos contextos:

A) La transmisión verbal de información negativa sobre un progenitor

Actitud y comportamiento provocado por los agentes alienadores, dependiendo de cuando tienen un vínculo cercano con el dependiente.

Frases como (tu papa no te quiere), (tu papa ya no te quiere dar de comer), etc. constituyen expresiones que usualmente el progenitor alienante utiliza para denigrar al otro.

En forma complementaria, las frases (si no estás conmigo, no te compro lo que me pides) si te vas con tu mamá o papá, es porque ya no me quieres , son utilizadas para producir el cuestionamiento de afecto sobre el progenitor y así generar, como respuesta positiva, las acciones alienadas del hijo a favor de quien las plantea.

Estas gotas de veneno son repetitivas, constantes, sutiles y con el tiempo son realizadas inconscientemente. Se desarrollan en los niveles competitivos y obstruccionistas, desarrollados líneas arriba.

B) La ejecución de acciones condicionantes sobre el hijo

Una de las acciones que cometen los padres que desean alienar al menor es el chantaje, explicaremos como es tratado este.

“El chantaje del agente alienador sobre el dependientes una práctica utilizada para provocar una acción favorable que genera en el otro progenitor necesidad de realizar acciones semejantes. De esta manera, ambos progenitores compiten por el afecto de sus hijos, provocando acciones específicas, como premiación de conductas impropias o majaderías contra el otro progenitor.”³⁸

Así tenemos por ejemplo, los progenitores con derecho a visita, suelen tener un comportamiento pasivo respecto de la crítica o corrección de conductas impropias en el hijo, esta conducta procura generar la imagen de que el progenitor sea divertido relajado, o bueno, frente a la posición del progenitor con tenencia hacer inflexible, rígido o exigente.

Como consecuencia, el hijo genera la falsa impresión de que el progenitor que le otorga o concede mayores beneficios inmediatos es el mejor y por quien debe tomar el partido en la eventualidad que se vean forzados a escoger. La toma de decisión del hijo (desde la lógica de los estímulos superficiales). Las expresiones de cómo se manifiestan estos dos niveles de conducta, puede ser descritos en los niveles alienador y exterminador, desarrollados líneas arriba y se reflejan:

En manifestaciones de violencia, como la agresión física, la intimidación otros comportamientos traducidos en el ejercicio de poder.

En manifestaciones de miedo, pueden provocar la negación a la realidad justificar las acciones del progenitor agresor.

³⁸ FORWARD, SUSAN Y FRAIZER, Donna. *Chantaje emocional*. México, Diana, 2013.p.35

2.3.3 Ejemplos de manifestación del síndrome de alienación parental precedentes a los proceso de familia

A modo de ejemplificar los niveles de generación del SAP, ampliaremos la posición de FRANCOIS PODEVYN, explicando situaciones específicas.

- A) *“Presentar a la nueva pareja a los hijos y exigirles un respeto o atención desproporcionada como si se tratase de su nueva madre o de su nuevo padre.*
- B) *Interceptar el correo y los presentes mandados a los hijos. La privacidad del hijo no es admitida por el progenitor alienado, quien sobre su falsa percepción intenta salvaguardar la integridad del menor.*
- C) *Adicional al perjuicio que provoca en el menor y en el otro progenitor, el alienante suele auto provocarse niveles de paranoia.*
- D) *Desvalorizar, ridiculizar e insultar el otro progenitor delante de los hijos.*
- E) *Olvidar u omitir información importante al otro progenitor de situaciones importantes para el hijo (actividades académicas, visitas al dentista , medico, psicólogo,etc)*
- F) *Hablar de manera descortés del nuevo conyugue del otro progenitor.*
- G) *Impedir o limita, al otro progenitor para ejercer su derecho de visita.*
- H) *Generar un entorno alienante sobre el hijo, involucrando conscientemente e inconscientemente (abuelos, familiares, amistades , si lo hubiera la nueva pareja)*
- I) *Tomar decisiones importantes, a propósito de los hijos sin consultar con el otro progenitor.*
- J) *Cambiar los apellidos o los nombres de los hijos, en particular, procurando incluir el apellido de la nueva pareja en el entorno del hijo.*
- K) *Impedir al otro progenitor acceder a los expedientes escolares o médicos de los hijos.*
- L) *Planificar vacaciones de los hijos sin considerar la posición del otro progenitor.*

M) Denigrar, criticar las compras o regalos entregados por el otro progenitor, con el objeto de valorar positivamente las compras y regalos dados por el alienante.”³⁹

De estas situación explicadas por el autor podemos mencionar que el síndrome de alienación parental puede aparecer de en diversas situaciones vivenciales del menor pero tendrá que existir la acción voluntaria del padre o madre de manipular entíendase por esto, mental o emocionalmente al menor en contra de su otro progenitor.

2.3.4. Identificación de conductas negativas asociadas a la de un proceso judicial

A) Limitación del vínculo entre el progenitor sin tenencia con el hijo

Inconscientemente, el progenitor con tenencia realiza acciones con respecto de la planificación del tiempo del hijo, en particular, en épocas en las cuales tienen programado tener una convivencia con el otro progenitor.

El progenitor sin tenencia igualmente procura ampliar su ámbito temporal de convivencia en perjuicio del otro progenitor, sobre la base de escasas de tiempo de disfrute del contacto. Ambas conductas generan la ampliación del conflicto.

B) Obstrucción del vínculo entre el progenitor sin tenencia con el hijo

“Es la conducta extrema del anterior punto. El progenitor (con tenencia y sin dicho a derecho) realiza acciones con las cuales trata de negar la presencia de su contraparte en la vida de su hijo.”⁴⁰

³⁹ ANASAP. Síndrome de alienación parental.[fecha de consulta: 21 .V 2016] disponible en: <<http://www.anasap.org./salud-mental/el-sindrome-de-alienacion-parental-pas-por-francois-podevyn/>>

C) Planeamiento de denuncias falsas y acciones judiciales temerarias y maliciosas

Como resultado de las acciones de parte del progenitor perjudicado con la del progenitor alienante, se produce una reacción natural: se judicializa el conflicto y se genera acciones con un origen propio fraudulento o perverso.

Sin embargo, las acciones iniciales de proteger al hijo pueden confundir al progenitor ocultando su verdadera intención: La satisfacción de sus intereses por recuperar o tener exclusiva a su hijo, provocando la justificación de realizar acciones temerarias y maliciosas en el ámbito judicial.

Denuncias por omisión de alimentos (en particular respecto de fechas, donde se suele exagerar y respecto de los alimentos entregados sin registro de recepción: “El padre nunca prestó alimentos”); por violencia familiar (sobre todo maltrato psicológico: “El padre constantemente me humillaba”), constituyen herramientas recurrentes que terminan dilatando el proceso judicial y generan un sobre costo innecesario a los organismos jurisdiccionales, quienes por ley se verán obligados a tramitar dichas denuncias.

A pesar de que son acciones temerarias y maliciosas, los juzgados no suelen sancionarlas y a pesar de que existe una motivación de las resoluciones, respecto de las denuncias de acciones temerarias, se omite un pronunciamiento sobre lo planteado de forma negligente y deliberada.

Las quejas y denuncias a funcionarios judiciales, por estas circunstancias, igualmente son la segunda etapa de las acciones judiciales del progenitor perjudicado, pero esta vez sí cuenta con un elemento objetivo para la tramitación de sus recursos: O la inacción del órgano judicial o la omisión de pronunciamiento.

⁴⁰ BURRILL- O DONNELL, Janelle. *Parental alienation syndrome in court referred custody cases*. Washington: Dissertation.com, 2012, p.24

Bajo este contexto, el progenitor “débil” termina produciendo dos relaciones procesales: a) con el otro progenitor y b) con el juez, creando en la percepción del litigante (progenitor débil, sobre todo varón), de que la jueza es una “nueva abogada” en la causa principal.

A partir de esta percepción, en las audiencias, las notificaciones y todo trámite judicial, se deberá tener presente la animadversión del juzgador sobre el litigante que planteó la queja o la denuncia, respecto de la interpretación de sus resoluciones judiciales. El juzgador termina emitiendo resoluciones vacías, sin contenido ni referencia sobre lo planteado o solo indicando “tégase presente en cuanto fuera de ley”.

D) Conflicto absoluto entre los progenitores

La relación personal entre los progenitores tiene un nivel de rechazo absoluto de derechos, intereses y posiciones, las cuales son calificadas como inexistentes.

E) Exigencia de los progenitores para que el hijo opte por uno de ellos

Entre la opción de ser el “abandonado” o el “favorito” por cada progenitor el hijo desarrolla un conflicto de fidelidad frente a sus progenitores, que puede ir desde la manipulación (aprovechando la necesidad de búsqueda de fidelidad del progenitor) con el desarrollo de síndromes como el de Pinocho o el del Hijo Napoleón, a la generación de niveles de depresión, que puede inclusive provocar el suicidio infantil.

Por ende el juzgador en concordancia con el principio tuitivo que lo respalda debe prever estas situaciones, para que la decisión optada garantice el bienestar del menor, sea utilizando los mecanismo previsto en las normas o basándose en el principio mencionando en un inicio.

2.4 Niveles de reacción ante el síndrome de alienación parental

2.4.1. Asimilando la alienación

Traducida sobre todo en la búsqueda de la estabilidad emocional y en el fortaleciendo del vínculo con el agente alienante, caracterizado en la satisfacción de un interés, ya sea del progenitor o del hijo.

Como consecuencia de esta asimilación, existe una asignación de características personales equivocadas respecto del progenitor “débil” que con el tiempo se traducirá en una desvinculación afectiva. Los síntomas y conductas manifestadas por el hijo alienado, son:

- a) El hijo asimila “hechos” de conformidad a los argumentos del progenitor alienante; hechos que inclusive no necesariamente los ha vivido.
- b) El hijo alienado manifiesta una seguridad exagerada en la relación con sus progenitores (confianza con el alienante y desconfianza y rechazo con el “débil”).
- c) El hijo manifiesta una “independencia” en la toma de sus decisiones y “autonomía” en el desarrollo de su conducta social, inusuales y provocadas por el progenitor alienante.
- d) El hijo no tiene conflicto de responsabilidades ni lealtades, es seguro de sus decisiones; sin embargo, los argumentos del hijo no justifica la conducta o proceder.

“Estas conductas son analizadas en una perspectiva variable, Gardner desarrolla las tres primeras:

- a) *Nivel de alienación ligera. La conducta del hijo es variable según el progenitor.*
- b) *Nivel de alienación media. Asimilación de la personalidad del progenitor de forma excluyente y en términos opuestos (bueno/malo, positivo/negativo, comprensión/crítica).*
- c) *Nivel de asimilación grave. Son los hijos fanáticos del progenitor alienante desarrolla paranoia y miedo exagerado.”⁴¹*

⁴¹ BANDRES MOYA, Fernando y Delgado Bueno, Santiago. *Biomedicina y derecho sanitario*. MADRID: Ademas Comunicación, 2010, p. 464

2.4.2. No percibiendo la alienación

En particular, cuando el hijo se encuentra en una etapa de crecimiento (adolescencia) y cuando ya tiene un nivel de relaciones personales con terceras personas.

El hijo se “adapta” al contexto conflictivo que vive y procura no involucrarse en el conflicto de los progenitores no tomando en cuenta las conductas

En ese sentido, el nivel de madurez del hijo (no necesariamente frecuente o provoca en los progenitores la fatiga en el conflicto, y cuando observa la situación asimilan su condición de progenitores y no “propietarios del bien llamado hijo”.

2.5. Tratamiento del síndrome de alienación parental en la doctrina nacional y doctrina comparada

2.5.1. En la doctrina nacional

Para explicar el tratamiento del síndrome de la alienación parental en el Perú empezaremos con la primera definición que se realiza sobre esta realidad, *“Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) como un desorden 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 la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.”*⁴²

“Otros autores como Aguilar lo definen como un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de

⁴²AGUILAR CUENCA, Jose Manuel. *Síndrome de alienación parental – hijos manipulados por un conyugue para odiar a otro*, Editorial Almuzara, 2da. Edición, España 2005, p.95

impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Los comportamientos y estrategias que el progenitor alienante pone en juego suelen ser sutiles.”⁴³

Si bien es cierto que para realizar una campaña de desacreditación respecto al progenitor alienado, el alienador debe ser consciente de los actos que realiza, también es cierto que a menudo, este no es plenamente consciente de que está produciendo un daño psicológico y emocional en sus hijos/as, y de las consecuencias que ello va a tener a corto y largo plazo en el o la menor. “*según Alacio Carrasco entiende el SAP como un síndrome familiar en el que cada uno de sus participantes tiene una responsabilidad relacional en su construcción y por tanto en su transformación; teniendo en cuenta que el elemento principal es el rechazo más o menos intenso de los hijos hacia uno de los cónyuges, propone modificar la nomenclatura clásica de Gardner por la de Progenitor Aceptado y Progenitor Rechazado.*”⁴⁴

Hoy en día pese a que este Síndrome no es muy conocido como tal, si vemos en nuestro quehacer diario que cada vez esta situación se hace más frecuente sobre todo en temas de divorcio, de separación, de tenencia y custodia y patria potestad; se da cuando los hijos son manipulados por el padre o la madre con quien se queda conviviendo o quien visita frecuentemente. A veces los padres no nos damos cuenta que de por sí una separación conyugal, ya es para el niño un gran golpe, sobre todo porque él está acostumbrado a tener una familia donde los ejes importantes es tanto el padre como la madre, y el hecho de tener que vivir con solo uno de ellos ya es una pérdida que le causa dolor , aunado a ello que generalmente antes de una separación se ha vivido un ambiente hostil dentro del hogar, donde el menor ha sido testigo presencial de los conflictos conyugales, habiéndose incluso en algunas oportunidades sentido culpable de tal situación.

⁴³AGUILAR CUENCA, Jose Manuel. *Síndrome de alienación parental – hijos manipulados por un conyugue para odiar a otro*, Editorial Almuzara, 2da. Edición, España 2005, p.110

⁴⁴ALACIO CARRASCO, Laura. *El síndrome de Alienación Parental*. Dret. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007. Barcelona, Enero 2008, p. 24

Cuando se da la separación de los padres de por sí el menor o los menores se van a sentir afligidos y dañados psicológicamente, y por ende se van a sentir más frágiles, y es ahí donde el progenitor con el que vive, le va a empezar a poner al niño en contra de su otro progenitor, llegando incluso a sumergirlo en el odio. En esta alineación lo que se está produciendo es una tortura psicológica y los niños sin darse cuenta se van a identificar con el padre que vive con ellos y se ponen en contra del otro que ya no vive con ellos, llegando incluso a no querer salir con él, asimismo muchas veces son inducidos para que hablen mal del otro progenitor con el objetivo de influir en los juzgados cuando tienen juicios en trámite sobre tenencia, asimismo manifiestan actitudes hostiles hacia el padre, los niños se suman a una guerra fría del alienador contra el otro progenitor utilizando mentiras, intimidaciones, distorsiones de los hechos, que reflejan el llamado lavado de cerebro.

Por ende cuando el SAP entra en contacto con el sistema legal se convierte en un Síndrome Jurídico Familiar, en el que los abogados, jueces, peritos y otros profesionales vinculados adquieren responsabilidad en su continuidad. La negativa de los hijos adquiere auténtica trascendencia cuando se expresa en un juzgado, ya que se desencadenan entonces acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a resolver el problema que hace que la instancia judicial se convierta en parte para resolver el mismo, de tal manera que debemos incluirla como un elemento de vital importancia de los componentes del Síndrome. El sistema judicial, con la intervención de los letrados, por el privilegiado lugar que ocupan tanto para mantener como agravar el SAP podría incluirse dentro del maltrato institucional.

Es posible identificar diferentes niveles de intensidad en el rechazo que muestran los niños y niñas afectados por el SAP: rechazo leve, moderado e intenso:

- **“El rechazo leve** se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.
- **El rechazo moderado** se caracteriza por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre acompañada de una búsqueda de aspectos negativos del progenitor rechazado que justifique su deseo. Niega todo afecto hacia él y evita su presencia. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.
- **El rechazo intenso** supone un afianzamiento cognitivo de los argumentos que lo sustentan. El niño se los cree y muestra ansiedad intensa en presencia del progenitor rechazado. El rechazo adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación. Puede aparecer sintomatología psicósomática asociada.”⁴⁵

Arribamos diciendo que rechazo puede aparecer inmediatamente después de la ruptura o en periodos posteriores que pueden alcanzar varios años después, generalmente asociados a momentos concretos del nuevo ciclo evolutivo familiar.

De esta manera se distinguen, siguiendo a diferentes autores, dos tipos de rechazo en función del momento en que aparecen: primario y secundario, que configuran una dinámica relacional.

2.5.2. En la Doctrina Comparada

En este punto veremos cómo trata España los temas del síndrome de alienación parental entonces mencionaremos que “*el modelo tradicional de familia en España en los últimos años ha sufrido grandes cambios, tanto en sus estructuras como en sus interacciones, existiendo en las últimas décadas un enorme incremento de*

⁴⁵ CARDENAS RODRIGUEZ, Luis. *Síndrome de alienación parental: Primer análisis jurisprudencial*. Editorial Actualidad Jurídica.2010, p.63

*separaciones y divorcios, que hacen necesaria la creación de instrumentos procesales por parte del ordenamiento jurídico. Así, la legislación ha tenido que ir adaptándose a las nuevas realidades familiares y ha tenido que regular las relaciones entre los hijos de padres y madres separados; a través del artículo 94 del Código Civil Español se establece que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial."*⁴⁶

Sea cual fuere el miembro de la pareja (madre o padre) con quien conviva el niño se ha de garantizar la relación con ambos tras la separación; los regímenes de visitas tienen varias e importantes funciones psicológicas para el desarrollo de la infancia; las visitas protegen los derechos del menor de acceso al progenitor no custodio, al igual que los de este último; así mismo, se protege el vínculo emocional entre el niño y sus progenitores, ya que se le proporcionan modelos de rol alternativos y, por último, se permite al progenitor custodio que descansa de su responsabilidad en la crianza.

El problema surge no por el hecho de que los padres, responsablemente, decidan poner fin a su vida en común, sino cuando se hacen partícipes a sus hijos e hijas de los conflictos que ha generado la separación. Entonces los niños se ven inmersos en los problemas de los adultos, tomando partido en el conflicto, pasando a formar parte de los bloques enfrentados, y reproduciendo las disputas de los mayores.

En estos casos, la opinión de los menores estará mediatizada, en mayor o menor grado, por el problema en el que están inmersos y por las presiones que están

⁴⁶AGUILAR CUENCA, Jose Manuel. *Síndrome de alienación parental – hijos manipulados por un conyugue para odiar a otro*, Editorial Almuzara, 2da. Edición, España 2005, p.75

recibiendo. *“En determinados casos, es fácil apreciar como el niño adquiere un papel protector del progenitor al que siente como más débil, “el perdedor o el abandonado”, ejerciendo una función defensora que no le corresponde. Esta función puede llevarle incluso a rechazar cualquier contacto con el otro progenitor, justificando su postura ante todas las instancias que le pide explicaciones, incluido el Juez. Por otra parte, los menores envueltos en una situación de ruptura familiar conflictiva sufren una aguda sensación de shock, de miedo intenso, teñido todo ello por un sentimiento de profunda confusión, con consecuencias negativas a nivel psicoemocional y conductual. Estos menores presentan, con frecuencia, sentimientos de abandono y culpabilidad, rechazo, impotencia e indefensión, inseguridad, así como estados de ansiedad y depresión y conductas regresivas, disruptivas y problemas escolares.”*⁴⁷

Ante tal daño que se le puede ocasionar al menor o adolescente España ha creado un *“Plan de Intervención en Punto de Encuentro Familiar se dirige al tiempo de las visitas, a orientar tanto a los menores (en el apoyo a reducir la ansiedad y motivación a la relación con el progenitor rechazado), como a las familias, tanto al progenitor rechazado como al aceptado. Una cuidadosa evaluación del grado del SAP es fundamental para orientar la intervención, así como valorar el papel que juegan la familia extensa y el sistema judicial, en especial los letrados de las partes. Según la opinión de diferentes expertos, y coincidimos desde nuestra experiencia en el Punto de Encuentro Familiar de España es difícil salir del SAP a través del mero cumplimiento de unos encuentros ordenados judicialmente, el SAP es una situación compleja que requiere intervenciones complejas y coordinadas desde diferentes instancias.”*⁴⁸

Entonces podemos percatarnos de los párrafos anteriores que el síndrome de alienación parental en España tiene un tratamiento especializado por instituciones

⁴⁷AGUILAR CUENCA, Jose Manuel. *Síndrome de alienación parental – hijos manipulados por un conyugue para odiar a otro*. Editorial Almuzara, 2da. Edición, España, 2005, p.81

⁴⁸ Junta de Castilla y León. *Guía de Intervención en los Puntos de Encuentro de Castilla y León*. 2006 [fecha de consulta: 14 .X 2015] Disponible en:
<http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100/1142233167755/_/_/_>

creadas para tratar este síndrome, como sabemos de no curarse o percatarse del SAP en una etapa avanzado podría ser irreversible por ser una enfermedad mental.

Entonces concluiremos del presente capítulo mencionando que el síndrome de alienación parental es una adoctrinación de uno de los progenitores contra el otro, con finalidad de denigrar la imagen del padre alienado ante los hijos.

Y por último finalizaremos mencionando que el síndrome de alienación parental tiene consecuencias como: depresiones crónicas, incapacidad de desarrollarse en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad, trastornos de imagen, hostilidad, desesperación, aislamiento y suicidio; eso dependerá en qué fase de alienación parental se encuentre el menor, como hemos venido desarrollando las fases son : fase ligera, fase media y fase grave; por ende ante todos los puntos trabajados, el estado peruano se encontrara preparado para tenencia compartida, ante ello concluyo y expongo que la mejor fórmula sobre la tenencia compartida serán las que adopten los padres de común acuerdo siendo la mejor vía la conciliación, considero que en nuestro país solo están preparados aquellos padres que hayan aprendido a ejercer la paternidad y la maternidad responsable e idónea en torno a sus hijos, por lo antes expuesto nace la interrogante si es viable la tenencia o no, a ello respondo que solo depende de los padres, siempre que tomen conciencia que el padre son ambos padre salvaguardando el interés superior del menor y adolescente.

CAPITULO III

ESTRUCTURA Y ANALISIS DEL EXPEDIENTE N° 190-2009-1° JF – PRIMER JUZGADO DE FAMILIA, SOBRE LA TENENCIA Y ALIENACION PARENTAL.

En el presente capitulo trataremos de manera precisa el análisis del expediente N° 190- 2009-1° JF, donde daremos a conocer la apreciación critica optada de cada pronunciación de las diferentes instancias donde se vio el expediente materia de estudio.

INFORMACIÓN DEL EXPEDIENTE:

DEMANDA DE RECONOCIMIENTO DE TENENCIA Y CUSTODIA.-

EXPEDIENTE N°.- 190-2009

DEMANDANDANTE: Marco Martin Aragón Cornejo

DEMANDADO: Ingrid Magaly Cruzatt Cárdenas

3.1. Demanda

Con fecha 28 de mayo del año 2009 el sr. Marco Martin Aragón Cornejo, interpone formal demanda de RECONOCIMIENTO DE CUSTODIA Y TENENCIA con el siguiente petitorio:

PETITORIO: Demanda de Reconocimiento de Tenencia contra Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas respecto a su menor hija: Arianne Yamileth Aragón Cruzatt de 3 años 8 meses de edad y fijar el Régimen de Visitas que le corresponde a la demandada.

3.1.1. Hechos de la demanda

- a) Los litigantes se conocieron en Huancasanos Ayacucho en Marzo del 2004, siendo el demandante Ing. de Sistemas y la demandada Supervisora de Carreteras en Vías Rural con el grado de Bachiller en Ing. Civil, empezando su relación sentimental en Mayo del mismo año.
- b) Por el trabajo de la demandada no les era posible verse con frecuencia, ya que como supervisora tenía que permanecer en la obra que se ejecutaba. La demandada le imputó una falsa relación con una enfermera, que al ser casada originó que su esposo lo agrediera causándole una mala imagen.
- c) En enero del 2005 el accionante es trasladado a Marcona (Ica) viajando a esta ciudad el 25 de Enero del mismo año
- d) En Febrero del 2005 se entera que su pareja está embarazada por lo que viaja frecuentemente los fines de semana con el fin de apoyarla, viajando en Mayo del mismo año al dpto. de Lambayeque para presentarla a su familia causando esta una serie de comentarios como que ella no quería tener a la niña, con lo que hizo quedar mal al demandante ante su familia.
- e) La demandada tiene un hijo de 15 años de edad: Yuri Jeri Cruzatt que encargo sus familiares ya que por su trabajo no podía hacerse cargo de él, familiares que no le importan una buena educación por lo cual el adolescente tiene malos hábitos.
- f) El 20 de Setiembre del 2005 nace la menor: Arianne Yamileth Aragón Cruzatt trasladándose toda la familia incluido el hijo mayor de Ingrid a Marcona, apoyando el demandante en la educación de este.
- g) En el tiempo que formaron un hogar convivencial surgieron problemas por malos hábitos del hijo mayor de la demandada

queriendo el accionante impartirle orden siendo mal interpretada por la demandada en no querer a su hijo.

- h) El demandante solicitó ser trasladado a la ciudad de Arequipa quedando Ingrid en Ayacucho pero se encargaba de enviarle semanalmente para los gastos del hogar.
- i) A la llegada del demandante a Arequipa conoció a tías y parientes que lo ayudaron a conseguir una casa para vivir con la demandada.
- j) A su llegada a Arequipa comenzó a confraternizar con su familia, y cuando la demandada llegó a dicha ciudad comenzó a inventar una falsa historia imputándole una relación amorosa con alguien de su propia familia, descubriendo también los malos hábitos de higiene que esta tenía.
- k) Por problemas económicos y conducta de Ingrid deciden separarse en Enero del 2007 entregándole la demandada a su hija ya que ella no podía hacerse cargo de la menor y las condiciones donde ella vivía en Ayacucho no eran favorables. Pero su razón principal de la demandada de regresar a Ayacucho era sacar su título profesional.
- l) El demandante realizó cambios laborales con la finalidad de estar cerca de su hija, siendo el cargo actual que desempeña: Técnico Administrativo en el Banco de la Nación lo cual le permite obtener un ingreso mensual de S./1753, recibiendo anualmente S./ 53311.78 por beneficios sociales.
- m) Se casó con Franca Isabel Zegarra Fernández quien mantiene una buena relación con la menor, quien la apoya con el cuidado y atención de la misma. Desde que Ingrid viajó a Ayacucho no la ha visitado, solo llama de vez en cuando para amenazar que se va a llevar a la menor con lo que la niña sufriría un trauma psicológico.

3.1.2. Apreciación crítica

Podemos apreciar de la revisión del escrito de demanda, que se ha cumplido con las formalidades que exige el Código Procesal Civil en sus Arts. 424, 425, donde se indican los requisitos y los anexos respecto a los escritos de esta naturaleza.

Sin embargo, en la fundamentación jurídica se aprecia un error en la consignación del artículo 81 del Código de los niños y adolescentes; verificando, además, la ausencia de fundamentación jurídica respecto a la custodia. Surgiendo así la interrogante ¿está configurada la custodia como tal en el ordenamiento legal?; además, podemos preguntarnos, ¿corresponde realmente la denominación del proceso como RECONOCIMIENTO DE TENENCIA Y "CUSTODIA"?

De existir la tenencia y custodia como figuras jurídicas separadas, entonces podemos determinar que existe un error procesal en el planteamiento de la demanda en razón de la exigencia que surge de establecerla como demanda con acumulación de pretensiones.

¿Cómo se configuraría tal acumulación dentro de la estructura de la demanda?

Del resultado de estas interrogantes dependerá si ha de considerarse como válida la aceptación de la demanda sin la atingencia respecto de la acumulación, en lo que corresponde al auto admisorio que obra a fojas ciento once del expediente en el que se consigna al proceso como RECONOCIMIENTO DE **TENENCIA Y CUSTODIA**.

3.2. Contestación de la demanda

Se aprecia a fojas ciento cuarenta y cuatro, el escrito de APERSONAMIENTO al proceso, en el que indica la parte demanda un problema resultado de la ausencia de notificación vía exhorto en razón de que el demandante no ha cumplido con presentar los aranceles correspondientes.

A fojas ciento cuarenta y seis, provee el Juzgador tal pedido teniendo por apersonada a la demandante y ordena la notificación correspondiente.

Recién a fojas doscientos noventa y cinco, se puede apreciar el escrito de Contestación de la demanda que es como sigue:

3.2.1. Hechos de la contestación de la demanda

Petitorio.- Solicita se declare INFUNDADA la demanda

- a) Es verdad que se conocieron en Ayacucho, no es verdad que el demandante sea Ing. de Sistemas, pues según versión de él mismo solo ha llevado cursos de capacitación técnica
- b) En lo referente a que ella le imputó una falsa relación amorosa con una enfermera es falso ya que el esposo de esta fue quien indagó sobre el tema causándose el demandante una mala imagen por sí solo.
- c) No es verdad que la suscrita generó problemas al demandante con su familia, siendo falsos los argumentos de que ella no quería tener a la menor.
- d) Es verdad que tiene un hijo mayor, pero no es cierto que este represente un problema, está muy bien educado y no tiene malos hábitos, argumenta que el accionante nunca se interesó por su hijo.
- e) Es verdad que la niña nació en la fecha indicada, no es verdad que su hijo haya tenido problemas con sus estudios.
- f) El demandante se trasladó a Arequipa con la intención de estar cerca de su padre, quedándose ella en Marcona al cuidado de sus dos hijos por lo que le impedía trabajar.
- g) No es verdad que ella haya inventado que el accionante tenga una relación amorosa con su propia familia y prueba de esto es su actual matrimonio con su tía Franca Zegarra Fernández, y que no es verdad que ella tenga malos hábitos de higiene.
- h) Que si aceptó la ayuda de su familia política fue porque el demandante estaba endeudado, influyendo sobre ella

psicológicamente para que entregue a su niña para que se la cuiden y ella regresar a trabajar para ayudar con el sostenimiento del hogar.

- i) La demandada argumenta que siempre visita a su hija y le envía dinero para sus gastos personales, giras y encomiendas que efectuaba tanto a la tía y a la abuela. El matrimonio del demandante no es para darle un hogar a mi hija sino producto de la infidelidad que la hicieron víctima ambos y que en Ayacucho ella si cuenta con las condiciones para que eduque a su hija.
- a. En los argumentos que contradice la demanda, la demandada alega que:
 - j) Que por problemas económicos deciden encargar a la menor con su abuela paterna
 - k) Que viajo doña Lila Rocío Cornejo Zegarra para trasladar a la menor
 - l) Que ante esta situación ella viajó a Arequipa para titularse
 - m) Que la relación se terminó y ella decide ir a Chiclayo a llevarse a su hija, per al encontrarla delicada de las piernas decide dejarla mientras dure su tratamiento en la clínica San Juan de Dios
 - n) Que en diciembre del 2007 obtiene su título profesional y su colegiatura en febrero del 2008
 - o) Que al regresar a llevar a su hija encontró a los abuelos paternos delicados de salud por lo que decidió dejarla por un tiempo más
 - p) Que aprovechó ese tiempo para trabajar y operarse de astigmatismo y hipermetropía
 - q) Que en Octubre viaja a esa ciudad y en una visita a los familiares paternos de la menor le hacen un escándalo legando al extremo de llamar a la policía para que la saquen de la casa
 - r) Que siempre se ha mantenido al tanto de la niña y le enviaba dinero a nombre de la tía y la abuela.

3.3. Sentencia de primera instancia

3.3.1. Argumentos de la sentencia de primera instancia.-

Detallamos a continuación los argumentos que motivan la Sentencia de Primera Instancia.

- a) Ambos padres ejercen la patria potestad, no la han perdido ni suspendido
- b) Se fundamenta la razón por la que se acumulan los procesos civiles signados con el N° 190-2009 y el proceso civil signado con el N° 5698-2009, que versan sobre Tenencia de la menor Arianne Yamilet Aragón Cruzatt, bajo el criterio de Acumulación de procesos por igualdad de pretensiones.
- c) Ambos padres mientras mantuvieron la relación se preocuparon por la menor y cuando se separaron por nuevo matrimonio de don Marco Martin con Franca Isabel Zegarra Fernández deciden trasladar a su hija a Arequipa previa autorización de ambos padres.
- d) Que la entrega de la menor no fue con la intención de entrega absoluta y permanente sino tan solo de un encargo como se desprende de la autorización de viaje.
- e) La opinión de la menor esta mediatizada en mayor o menor grado por los problemas en los que está inmersa y por las presiones que está recibiendo.
- f) Toda sociedad ha de dar protección a los miembros más desvalidos, entre ellos, a sus niños como es plasmado en la abundante legislación internacional.
- g) El alejamiento de la menor con su progenitora no se trató de un alejamiento definitivo, más aún el rechazo de la menor hacia la madre se debe a una orientación negativa cuyo agravio repercute en la propia menor.
- h) Atendiendo al interés superior del niño y del adolescente se busca que la relación filial se mantenga en la mejor de las formas pensando

en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico por lo que debe determinarse el ejercicio de la tenencia en el progenitor que ha demostrado tener más interés y mantener sin flaquear el deseo de cuidar y proteger a la menor sin entorpecer las relaciones con el otro progenitor.

- i) La tenencia provisional le fue otorgada a don Aragón Cornejo porque los elementos constitutivos en ese momento así lo ameritaban ya que lo que se busca es la conveniencia de la persona en formación.
- j) La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en los diferentes ámbitos de su vida.
- k) Se debe acreditar cual de ambos padres cuentan con las seguridades económicas y morales suficientes para garantizar una educación adecuada.
- l) El interés superior del niño se justifica en el bienestar de la menor
- m) El Tribunal Constitucional ha señalado que aún los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar debe estar garantizada, fundamento que en el caso en autos la menor Arianne Yamilet en el domicilio de la familia paterna no puede desarrollar a plenitud el papel de hija y así poder desarrollarse con la madre con total libertad.
- n) Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional y la Convención sobre los Derechos del Niño
- o) El padre biológico no demuestra ser el idóneo en que las relaciones materno filiales se den ampliamente, al contrario es restrictivo al ejercicio de este derecho, en cambio la madre ha demostrado perseverancia y homogeneidad en el seguimiento del ejercicio de este derecho y es la persona que más garantía ofrece de que la relación paterno filiales se den a cabalidad.

- p) Énfasis a que el niño debe de vivir en un ambiente adecuado sin el distanciamiento con sus padres.
- q) Se describen las visitas hechas a la menor siendo en la última visita donde la menor accede a un acercamiento con su mamá
- r) En el caso en concreto se produce el síndrome de **alienación parental** por el adoctrinamiento de la menor con su familia paterna
- s) Pericias psicológicas aplicadas a ambos padres.
- t) Se dispone NO FORMALIZAR DENUNCIA contra Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas en agravio de la menor Arianne Yamilet Aragón Cruzatt. Debiendo ARCHIVARSE los actuados.
- u) Se tienen en cuenta diversos aspectos en la sentencia como: Disponibilidad de tiempo.- Concluyendo que dispone de más tiempo la madre de la menor. Actitud psíquica.- Ambos padres presentan buena actitud psíquica. Medios Económicos.- La madre presenta mejores medios económicos. Sexo del menor.- Por el sexo de la niña se recomienda que se desarrolle con su madre. Salud y nivel cultural de los progenitores.- Favorables a la progenitora. Aspecto moral de los progenitores.- Ambos se encuentran en buen estado.
- v) Se establecerá un régimen de visitas adecuados ya que bajo la tenencia de la menor con su padre, las vistas de la madre a su hija no han sido desarrolladas correctamente
- w) La tenencia de la menor será de manera paulatina y progresiva de modo que no le produzca daño a la menor.
- x) Es conveniente que la menor sea visitada por el padre y esta se traslade a su domicilio e donde dicha menor pueda interactuar con personas que tuvo a su lado por mucho tiempo, debiendo precisarse el régimen de visitas a favor de Marco Aragón Cornejo.

3.3.2. Fallo.-

Se declara INFUNDADA la demanda formulada por Marco Martin Aragón Cornejo sobre RECONOCIMIENTO DE TENENCIA, en contra de Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas

FUNDADA la demanda formulada por doña Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas, sobre TENENCIA en contra de don Marco Martin Aragón Cornejo

SE ORDENA que doña Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas ejerza la tenencia de la menor Arianne Yamilet, debiendo para tal efecto don Marco Martin Aragón Cruzatt hacer entrega de la menor, entrega que se hará en forma progresiva con asistencia de una psicóloga

Se señala a favor de don Marco Martin Aragón Cornejo el siguiente régimen de visitas:

Sábados: 4pm a 7pm

Domingos: 9am a 6pm

Feridos: 9am a 6pm en forma alternada

Se ordena aplicar terapias psicológicas a los litigantes como también a la menor

3.3.3. Apreciación personal de la sentencia de primera instancia

Para poder hacer un análisis de la sentencia de primera instancia, debemos definir el significado de los criterios técnico jurídicos, es decir los fundamentos que argumentan la decisión del juzgador basados en el análisis de los aportes técnicos que proporcionan los amicus curiae; para nuestro caso materia de análisis nos estaríamos refiriendo a las pericias psicológicas y los informes socio económicos practicados a las partes procesales.

Entendido de esta manera, podemos indicar que el criterio técnico jurídico que constituye la decisión del juez está conformado por el análisis de la realidad en función de los resultados técnicos con una base jurídica doctrinaria que la argumente.

En la sentencia de primera instancia podemos verificar que la Jueza ha centrado su criterio enfocando el análisis jurídico de las pericias desarrollando el interés superior del niño, niña y adolescente tomándolo como base de sus argumentos para justificar finalmente el fallo de la sentencia. De esto es preciso indicar que haría falta una motivación jurídica específica que nos lleve a un razonamiento lógico directo para tomar como adecuado el criterio del juzgador.

Es decir que, el principio del interés superior del niño y el adolescente existe en nuestro ordenamiento como una recomendación de las pautas a seguir por las políticas estatales; mas no es una configuración específica de la norma respecto a lo que debiera decidirse en el proceso materia de análisis. Considero que debía señalarse como argumento jurídico directo al Art. 81° del Código del niño, niña y adolescente.

3.3.4. Apelación de la sentencia

Se interpone Recurso Impugnatorio de Apelación contra la Resolución N°65 en cuanto se ha declarado INFUNDADA la pretensión de Reconocimiento de Tenencia respecto a la menor Arianne Yamilet Aragón Cruzatt

Por considerar que INCURRE EN MOTIVACION APARENTE, precario examen de la prueba actuada en el proceso, grave incongruencia y flagrante vulneración al Principio de Superior Interés del Niño

AGRAVIOS Y PRECISION DE LOS ERRORES EN LA SENTENCIA

- a) Argumenta que, su matrimonio con Doña Franca Isabel Zegarra Fernández se produjo después de la separación con la demandada, lo que significó el diseño de un entorno familiar con solidez.
- b) El alejamiento de la menor con su madre no es causa de una alienación parental sino por decisión de la demandante quien priorizó aspectos profesionales, laborales y otros dejando en ultimo plano su condición y obligación de madre.
- c) El rechazo de la menor a su madre no es culpa del suscrito sino al estado de separación prolongada de los progenitores.
- d) La apelada afecta el debido proceso por excluir el examen de la prueba, ya que se prueba a través de las diversas pericias psicológicas y entrevistas que a la menor le aterra la idea de irse con su mamá
- e) El Interés Superior del Niño no supone decidir la tenencia en base a las necesidades terapéuticas de los padres sino en base a factores que procuren un escenario propicio para el desarrollo adecuado de la menor.
- f) Niega el argumento que la demandada disponga de mayor tiempo y que jamás su trabajo ha impedido encontrar tiempos para relacionarse con su hija.

Respecto a la presentación de la apelación de la sentencia podemos observar de las esquelas de notificación y fecha de presentación del escrito, que se han cumplido los plazos establecidos en el ordenamiento procesal civil.

3.4. Sentencia de vista de la causa, expedida por la Primera Sala Especializada Civil

3.4.1. Argumentos que motivan la sentencia de vista de la causa

- a) Ambos padres pretenden que se les reconozca judicialmente la tenencia de la menor quien en la actualidad se encuentra viviendo con el padre desde hace aproximadamente seis años
- b) La patria potestad es un derecho que la ley confiere a los padres con el fin de educarlos y protegerlos.
- c) Si no hay acuerdo entre los padres la tenencia se resolverá judicialmente atendiendo al Interés Superior del Niño.
- d) El principio en mención garantiza la satisfacción de los derechos del menor
- e) La tenencia debe determinarse no solo como un mero derecho de los padres sino también atendiendo a factores externos como que el hijo deberá quedarse con el padre con quien vivió mayor tiempo atendiendo además a la edad y sexo de este
- f) Se ha acreditado que la menor fue autorizada para viajar con un familiar a la ciudad de Chiclayo ya que la madre no contaba con el tiempo y los recursos económicos necesarios para hacerse cargo de su hija.
- g) La niña es criada en un ambiente familiar apropiado para su desarrollo físico y emocional. Verificar el pleno de Carmen coronado. Respecto a la prevalencia de los derechos de la madre frente a los derechos del padre alienador, es decir que no se pueden vulnerar los derechos fundamentales de ninguna de las partes.
- h) La no existencia de una relación materno filial, el estado psicológico de la madre y su rutina eventual de trabajo hace que la tenencia que esta solicita no resulte amparable.

- i) El señor Marco Martín Aragón Cornejo es una persona meticulosa y firme en sus decisiones y ha formado una imagen positiva de la figura materna.
- j) No resulta razonable separar a la niña del entorno familiar donde se viene desarrollando ya que es su familia paterna quienes le pueden dar mejores posibilidades para su desarrollo personal.
- k) Debe apreciarse la decisión de la citada menor y los medios probatorios en el contexto propuesto.
- l) La tenencia debe ser otorgada al padre de la menor quien está obligado a dar cumplimiento al régimen de visitas a favor de la madre Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas.

3.4.2. Fallo.-

REVOCARON la sentencia, REFORMANDOLA, declaran FUNDADA la demanda interpuesta por Marco Martin Aragón Cornejo, en consecuencia DISPUSIERON Que don Marco Martin Aragón Cornejo continúe ejerciendo la tenencia de la menor Arianne Yamilet Aragón Cruzatt, asimismo REVOCARON la sentencia, REFORMANDOLA, declaran INFUNDADA la demanda interpuesta por Ingrid Magaly Cruzatt Cárdenas, en consecuencia DISPUSIERON que en ejecución de sentencia se practiquen las respectivas terapias psicológicas a los padres y a la menor.

3.5. Casación

3.5.1. Fundamentos del recurso

Se declara procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa procesal de los artículos I, III, VI y VII del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil y del artículo 1, inciso 24 literal h) del artículo 2, artículo 138, incisos 3, 5 y 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú: e infracción normativa material de los artículos IX del Título Preliminar y artículos 81,82,83,84 y 85 del Código

de los Niños y Adolescentes y de la Ley número 26260 que regula La Ley de Protección frente a la violencia Familiar y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales concordante con los artículos 6, 8 y 14 de la Declaración de los Derechos Humanos.

3.5.2. Considerandos

- a) Las causales del recurso de casación suponen una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma como en el fondo.
- b) Se declara procedente el recurso de casación por causales de infracción normativa material y procesal.
- c) La infracción normativa procesal de los artículos I, III, VI y VII del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil y del artículo 1, inciso 24 literal h) del artículo 2, artículo 138, incisos 3, 5 y 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú sostiene que no se ha observado ni valorado un visible caso de alienación parental ocasionado por la extensa familia paterna con la que vive su menor.
- d) Los hechos que la accionante alega resultarían ser atentorios al debido proceso, específicamente a la valoración de la prueba, que esta íntimamente ligado al principio de la motivación de las resoluciones judiciales.
- e) El debido proceso es un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable que incluyen la motivación, y la logicidad y razonabilidad de las resoluciones.
- f) Concepto de infracción normativa de carácter procesal
- g) Artículo 197 del CPC: ..Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión.
- h) La sentencia de vista se basa principalmente en que la madre presenta un cuadro ansioso depresivo y que hasta que esto no sea superado no es amparable la tenencia que solicita.

- i) La infracción normativa procesal debe ser desestimada en todos sus extremos ya que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues ha cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final.
- j) Corresponde emitir pronunciamiento respecto a la infracción normativa material que alega el recurrente basándose en artículos IX del Título Preliminar y artículos 81,82,83,84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes y de la Ley número 26260 que regula La Ley de Protección frente a la violencia Familiar y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales concordante con los artículos 6, 8 y 14 de la Declaración de los Derechos Humanos
- k) Fundamentos de la Sala Superior
- l) La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner a la menor bajo el cuidado de uno de los padres a consideraciones que le sean más favorables para el menor.
- m) El juez prioriza la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor
- n) Se ha concluido que el acercamiento de la madre con la menor no ha sido facilitado por el padre, lo que ha coadyuvado que la menor se aparte de su madre pero ante la insistencia de Ingrid se ha logrado que la menor se acerque a ella y le permita jugar como se observa en la última visita.
- o) El síndrome de alienación parental es un desorden que consiste en el adoctrinamiento de uno de los padres al menor para que el resultado sea el rechazo al otro progenitor.
- p) El principio del Interés Superior del Niño tiende a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones

materiales y afectivas que le permitan alcanzar el máximo bienestar posible.

q) La tenencia resulta procedente a favor de Ingrid Magali Cruzatt Cárdenas por cuanto se ha demostrado que el ambiente familiar paternal ha facilitado a que sin motivo alguno la menor rechace a su madre.

3.5.3. Fallo.-

Se declaró FUNDADO el recurso de casación, CASARON la sentencia de vista y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la apelada contenida en la apelada (Res. Setenta y cinco)

DISPUSIERON su publicación en el Diario Oficial: El Peruano.

3.5.4 Apreciación crítica

Coincidimos respecto a la posición adoptada por la sentencia casatoria en el sentido de que es criticable la dirección que se toma para motivar la sentencia de vista de la causa; es decir, resulta erróneo afirmar que el Síndrome de Alienación Parental no debe restar el derecho de tenencia de los padres, indicando que su opinión es en salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes del proceso.

Pues bien si tenemos en cuenta el proceso materia de desarrollo es un proceso especial en el ámbito familiar, en el cual concurren en discusión los derechos no sólo de la parte madre y la parte padre, sino también existe una parte que es el menor de quien se disputa la tutela, que constituye un sujeto de derecho.

Que éste último tiene también el disfrute de sus derechos fundamentales y más aun teniendo en cuenta que por su condición de menor de edad es imprescindible velar por su adecuada protección, garantía que le asiste en función del principio del interés superior del niño.

A mayor abundamiento vemos que la situación del menor es preeminente y debió tenerse en cuenta la adecuada valoración de las pruebas psicológicas pues en el Proceso de Familia la intervención de los psicólogos como peritos auxiliares, trata de suplir la ausencia de conocimientos específicos del Juez. En este orden de ideas podemos decir que debe prevalecer el criterio técnico normativo de la primera instancia que señala la necesidad de ceder la tutela de la niña para que viva en el entorno familiar de la madre, en razón de que la alienación parental está probada y definitivamente dificultará su normal y adecuado desarrollo personal.

Es decir consideramos que debe primar el Interés Superior del Niño frente a los derechos de los padres a la tutela del menor, valorando adecuadamente el criterio esgrimido en las pericias que arrojan como resultado la alienación parental, el no hacerlo definitivamente constituye una vulneración al debido proceso tal cual lo refiere la Corte Suprema.

3.6 Posición del análisis del expediente N° 190-2009

Adoptamos la posición crítica respecto al expediente materia de análisis en los siguientes aspectos:

Estamos de acuerdo con la decisión de primera instancia, es decir los fundamentos que argumentan la decisión del juzgador basados en el análisis de los aportes técnicos que proporcionan los amicus curiae; nos referimos a las pericias psicológicas y los informes socio económicos practicados en el proceso.

A pesar de ello es preciso indicar que haría falta una motivación jurídica específica que nos lleve a un razonamiento lógico directo para tomar como adecuado el criterio del juzgador respecto a lo que significa el principio del Interés Superior del Niño.

Pues bien es de ver que, el principio del interés superior del niño y el adolescente existe en nuestro ordenamiento como una recomendación de las pautas a seguir

por las políticas estatales; mas no es una configuración específica de la norma respecto a lo que debiera decidirse en el proceso materia de análisis.

Posición que coincide con el lineamiento adoptado por la Corte Suprema en el sentido que se ventila la necesidad de dar prevalencia al derecho de la menor a un modus vivendi que asegure su normal desarrollo sin alienaciones que desvirtúen su psicología infantil.

3.6.1 Criticas del expediente N° 190 – 2009

Procesalmente vemos que el desarrollo del expediente, se han respetado las normas procesales requeridas para su normal ejecución, en tanto que se han usado correctamente los plazos y en cuanto se han motivado adecuadamente las resoluciones emitidas.

Mas, aún vemos que en el desarrollo del argumento que motiva la resolución de vista de la causa se ha contemplado la prevalencia de los derechos de tenencia de los padres poniéndolos en un plano de igualdad, dejando de lado los derechos de la menor, que justamente son los que deben prevalecer, más aún si son afectados por un síndrome que afecta su adecuado desarrollo psicológico, como es el de alienación parental.

3.6.2 Aportaciones

Podemos establecer como aportaciones los siguientes puntos detallados respecto a las pericias, el interés superior del niño y la prevalencia de los derechos del menor frente al derecho de los padres.

- De las Pericias Psicológicas.- Primero dejar establecido el carácter de imprescindible de la participación de especialistas dentro de los procesos de familia, en especial lo que corresponde a nuestra tarea académica los procesos de tenencia, hablamos pues de los encargados de realizar las pericias psicológicas como amicus curiae;

cuyo aporte determinará el conocimiento de la condición veraz de quienes participan en un proceso. De esta participación importante per se, se desprende otra acción que debe ser constante, la preponderancia de su valoración como prueba, es decir, que se requiere el respecto inequívoco de su validez, toda vez que resultará generadora del posicionamiento de un criterio técnico jurídico adecuado de parte del Juzgador.

De la revisión del expediente materia de análisis podemos establecer bajo el carácter de importante, dos hechos que adquieren trascendencia en función al interés superior del niño como principio que abandera la defensa de los menores en nuestro sistema procesal.

- Determinación del Principio del Interés Superior del Niño.- Primero, es imprescindible se tome la iniciativa para determinar o puntualizar adecuadamente este concepto, pues como se puede verificar existe un inadecuado, indiscriminado o inexacto uso del principio; quizá hace falta una capacitación respecto a la materia o la realización de un pleno que determine su conceptualización; y segundo promover el control de parte de los juzgadores quienes deberán observar las demandas interpuestas al amparo de este argumento, exigiendo la puntualización de los derechos que efectivamente conforman este principio como fundamentales.

Prevalencia de los derechos del menor frente a los derechos de los padres: Entendemos pues que, en el tema materia de análisis queda claro que tratamos con niños que conviven en un ambiente de tensión y problemas arraigados por la disputa entre sus progenitores, lo cual no es normal ni adecuado para la realización personal del menor, por lo que resulta importante hacer prevalecer los derechos del menor, pero más importante es no confundirlos con los derechos de los padres,

menos sobre ponerlos. Así de este modo se logrará la adecuada protección y seguridad jurídica de los menores.

CONCLUSIONES

- 1.- Concluiremos diciendo que la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos; teniendo como finalidad satisfacer el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar.

- 2.- De lo estudiado mencionamos que la tenencia, básicamente es una institución que permite a los o a uno de los padres a vivir juntamente con sus hijos, orientado a la protección integral de estos, con el fin de que pueda desenvolver su vida en sociedad; la misma institución tiene por finalidad poner al menor bajo 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 bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro o en su defecto a quien el juez designe.

- 3.- Respecto del interés superior del menor llegamos a la conclusión que es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las circunstancias materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

- 4.- Finalizaremos precisando que síndrome de alienación parental es una patología nueva en el ámbito judicial, que se analiza en el campo de las relaciones conflictivas entre familiares próximos, generalmente progenitores,

provocando en un familiar independiente, generalmente el o los hijos una alienación o conducta de rechazo sobre un progenitor en particular; en el presente expediente configura este síndrome respecto a la menor, lo cual puede originar un trastorno en el desarrollo de este, desde mi perspectiva considero a modo de conclusión que nuestra legislación tiene que prepararse para esta nueva figura vista en materia de familia, para ser más exactos en procesos de tenencia y el estado debe orientar a los padres a ejercer un paternidad responsable, y descartar la paternidad que se acople a sus propios intereses, puesto que en el menor es donde repercutirá todos los efectos.

5.- Por último podemos determinar que el proceso tiene un carácter ilustrativo en lo que se refiere a las aportaciones que podemos obtener de su análisis, en el sentido que se verifica un adecuado cumplimiento de la norma procesal, pero se identifica un problema con la configuración de los criterios adecuados para la argumentación de las decisiones judiciales.

6.- Se ha podido verificar ausencia de la valoración exacta de la pericia como prueba determinante para establecer la situación psicológica del menor, lo que se corrobora en la posición adoptada en la sentencia de segunda instancia, pues desvirtúa la existencia del síndrome de alienación parental que afecta a la menor.

7.- Un valioso aporte es el que indica la necesidad de hacer prevalecer los derechos de los menores frente a los derechos de los padres, como se puede vislumbrar en la sentencia de segunda instancia al indicar que no correspondía hacer prevalecer el derecho de un padre sobre otro tan sólo por la identificación del síndrome de alienación parental; debiéndose aplicar más bien la ponderación de los derechos fundamentales de los padres frente a los del menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR CUENCA, José Manuel. *Síndrome de alienación parental – Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Editorial Almuzara, 2da.edición, España 2005.
- ALACIO CARRASCO, Laura. *El síndrome de Alienación Parental*. Dret. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007. Barcelona, Enero 2008
- ALONSO SERRANO, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Madrid, España. 2007.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- BANDRES MOYA, Fernando y Delgado Bueno, Santiago. *Biomedicina y derecho sanitario*. MADRID: Ademas Comunicación, 2010.
- BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de derecho de familia*. T II. Buenos Aires: ed. Depalma, 6ta edición, 2013
- BOSSERT, Gustavo y ZANONNI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2012.
- BURRILL- O DONNELL, Janelle. *Parental alienation syndrome in court referre custody cases*. Washington: Dissertation.com, 2012.
- CANALES TORRES, Claudia. *Patria Potestad y Tenencia*, nuevos criterios, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2014.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. *Síndrome de alienación: Primer análisis jurisprudencial*. Editorial Actualidad Jurídica. 2011.
- CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, Griyley, 2009.

- DÍAZ, U. *El Síndrome de Alienación Parental (SAP): Una Forma sutil de violencia después de la Separación o el Divorcio*. Editorial Lexis Nexis. Edición N° 24. Argentina 2006.
- DE VALDIVIA CANO, Ramiro. *Ponencias Desarrolladas. IX Congreso Nacional de derecho constitucional*, Tomo I, ADRUS, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2008.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. Editorial GRIJLEY. Lima, 2011.
- GRATIOT ALPHANDERY, Helene y otros. *Tratados de psicología del niño*. Tomo I, Historia y generalidades, Madrid: Morata, 2014
- BAUTISTA TOMA, Pedro; HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2006.
- HERNANDEZ GIL, Francisco. *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces, 2010
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires – Argentina, Rubinzal - Culzoni, 2006.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima 2012.
- VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*, Gaceta Tribunal Constitucional, 2008.
- ZANNOMI, Eduardo A. *Derecho Civil- Derecho de Familia*. Buenos Aires Editorial Astrea. 2006.

Páginas Web:

- AGUILAR SALDIVAR, Ahida. *La tenencia compartida*. Revista. [ubicado el 15 IV 2015]. Disponible en:
<http://www.derechocambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm>
- AGUILLAR LLANOS, Benjamin. “La filiación en el Perú”, Boletín Construyendo Justicia, Nº 73 [ubicado el 3 IV 2015]. Disponible en:
http://blog.pucp.edu.pe/media/4578/20130708-boletin_74_pdf.pdf
- GARDNER, RICHARD. *Síndrome de Alienación Parental*. Boletín informativo del departamento de psiquiatría. [ubicado el 9 IV 2015].
Disponible en <http://ncfm.org/2013/06/news/suicide/parental-alienation-dr-richard-gardner-inclusion-in-the-dms-v-final-vindication/>
- Junta de Castilla y León. *Guía de Intervención en los Puntos de Encuentro de Castilla y León*. 2006 [fecha de consulta: 14 .X. 2015] Disponible en:
<http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/Plantilla100/1142233167755/ / />
- Unicef. *Convención sobre los derechos del niño*. [fecha de consulta: 19 .IX 2015] Disponible en:
http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf