

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

### **RAZONES JURÍDICAS PARA NO TOMAR EN CUENTA LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN PROCESOS DE TENENCIA**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: FIORELLA STEFANÍA ALBINES SILVA**

Asesora:

**Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**

Cajamarca, Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by  
**IORELLA STEFANÍA ALBINES SILVA**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

#### **RAZONES JURÍDICAS PARA NO TOMAR EN CUENTA LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN PROCESOS DE TENENCIA**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: FIORELLA STEFANÍA ALBINES SILVA**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga  
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza  
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina  
Jurado Evaluador

M.Cs. Marcia Patricia Rodriguez Urteaga  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2022**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las **16:12** horas, del día 09 de setiembre de dos mil veintidós, reunidos en el aula 1A del local del Centro de Idiomas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, M. Cs. MARCIA PATRICIA RODRÍGUEZ URTEAGA**, y en calidad de Asesora la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“RAZONES JURÍDICAS PARA NO TOMAR EN CUENTA LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN PROCESOS DE TENENCIA”**, presentada por la **Bachiller en Derecho y Ciencia Política FIORELLA STEFANIA ALBINES SILVA**.

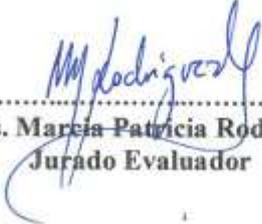
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó....**Aprobó**...con la calificación de **DISEÑO (16)**.....la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho y Ciencia Política FIORELLA STEFANIA ALBINES SILVA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las **17:22** horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Asesora

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. Marcia Patricia Rodríguez Urteaga**  
Jurado Evaluador

## **DEDICATORIA**

A:

Todos los Niños, Niñas y Adolescentes de nuestro Estado peruano, especialmente a mi ahijado Josué Mathias; porque su formación y cuidado representan el futuro de nuestro país y la verdadera respuesta a todos los problemas sociales que hoy nos aquejan.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
TABLA DE CONTENIDO.....	vi
RESUMEN .....	x
<i>ABSTRACT</i> .....	xi
INTRODUCCIÓN .....	xii
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	3
1.3. Justificación.....	3
1.4. Objetivos .....	4
1.4.1. Objetivo General.....	4
1.4.2. Objetivos específicos.....	4
1.5. Delimitación y limitaciones .....	5
1.5.1. Delimitación .....	5
1.5.2. Limitaciones.....	5
1.6. Tipo de Investigación .....	5
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue .....	5
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación .....	6
1.6.2.1. Descriptivo .....	6
1.6.2.2. Explicativo .....	6

1.6.2.3. Propositivo .....	6
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos .....	6
1.6.3.1. Cualitativo .....	6
1.7. Hipótesis .....	7
1.8. Métodos de Investigación.....	7
1.8.1. Genéricos .....	7
1.8.1.1. Inductivo.....	7
1.8.2. Específicos .....	8
1.8.2.1. Sistemático.....	8
1.8.2.2. Exegético .....	8
1.8.2.3. Dogmático .....	8
1.8.2.4. Teleológico.....	8
1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación .....	9
1.9.1. Técnicas .....	9
1.9.1.1. Análisis de documentos .....	9
1.9.1.2. Fichaje.....	9
1.9.2. Instrumentos .....	9
1.9.2.1. Mapas conceptuales .....	9
1.9.2.2. Fichas bibliográficas.....	9
1.10. Estado de la Cuestión .....	10
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	11
2.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU PROTECCIÓN.....	11

2.1.1	Tratamiento Convencional y Constitucional.....	14
2.1.2	Análisis Legislativo .....	23
2.1.3	Derecho a Vivir en Familia como Garantía del Interés Superior del Niño	33
2.2	. DERECHO A LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE .....	41
2.2.1	Alcances generales .....	44
2.2.2	Derecho a la identidad como Derecho Fundamental .....	54
2.2.3	Obligación de los Padres para la Protección del Derecho a la identidad .....	62
2.3	PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES .....	66
2.3.1	Tenencia.....	68
2.3.1.1	Criterios para fijar la Tenencia.....	72
2.3.2	Análisis del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe se tome en cuenta la Opinión del Niño para determinar la Tenencia .....	75
2.4	INCIDENCIA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE .....	81
2.4.2	Definición .....	83
2.4.3	Prácticas alienadoras familiares .....	89
2.4.4	Ruptura del vínculo afectivo – emocional entre el Niño, Niña y Adolescente alienado y el padre que no ejerce la tenencia .....	93

2.4.5 Síndrome de Alienación Parental como causal generadora de variación de tenencia del padre alienante.....	97
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	101
3.1 La subjetividad en la opinión del niño, niña y adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental.....	101
3.3 El inminente quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia.....	108
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES .....	123

## RESUMEN

Inicialmente, debemos partir reconociendo que el Estado peruano cuenta con diferentes dispositivos normativos orientados a proteger a los niños, niñas y adolescentes, en diferentes situaciones, en este caso, me enfocaré en el Síndrome de Alienación Parental (SAP), del que muchos menores se ven afectados.

Es así que, como es sabido una de las instituciones del Derecho de Familia es la Tenencia, que supone el conceder la custodia a uno de los progenitores y fijar un régimen de visita para el otro, con el firme propósito de garantizar el desarrollo integral de los niños, porque se entiende que quien ejerza la tenencia ostenta mejores condiciones, materiales y personales.

En ese sentido, al ser conscientes de esta realidad y los muchos procesos que se vienen tramitando en los Juzgados de Familia, se ha advertido que mientras dure el proceso los niños, niñas y adolescentes pueden verse afectados por las malas conductas de los padres, quienes sin medir el daño que podrían ocasionar a sus hijos empezarían a ejercer influencia negativa sobre ellos, lo que se conoce como Síndrome de Alienación Parental (SAP)

Finalmente, corresponde enfatizar en que la presente investigación se orienta a que los procesos de tenencia sean resueltos de la mejor manera, al no tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescente por presentar el Síndrome de Alienación Parental (SAP), pues de lo contrario se los perjudicaría de manera considerable, al no permitir su buen desarrollo.

**Palabras clave:** Síndrome de Alienación Parental, niños, niñas y adolescentes, influencia negativa, padres, desarrollo integral de los niños y adolescentes.

## **ABSTRACT**

*Initially, we must start by recognizing that the Peruvian state has different normative devices aimed at protecting children and adolescents, in different situations, in this case, I will focus on the Parental Alienation Syndrome (SAP) of which many minors are affected.*

*Thus, as is known, one of the institutions of family law is custody, which involves granting custody to one parent and establishing a visiting regime for the other, with the firm aim of ensuring the integral development of children, because it is understood that whoever exercises tenure has better conditions, material and personal. In this regard, being aware of this reality and of the many cases that are being processed in the Family Courts, it has been noted that, during the process, children and adolescents may be affected by the misconduct of parents, who without measuring the damage they could cause to their children would begin to exert negative influence on them, which is known as Parental Alienation Syndrome (SAP).*

*Finally, it should be emphasized that this research is aimed at ensuring that tenure processes are resolved in the best way, by not taking into account the opinion of children and adolescents for presenting the Parental Alienation Syndrome (SAP) otherwise they would be considerably disadvantaged by not allowing it to develop properly.*

**Keywords:** *Parental Alienation Syndrome, children and adolescents, negative influence, parents, integral development of children and adolescents.*

## INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo de la sociedad y está protegida por la Constitución Política del Perú y por otras normas relacionadas a tutelarla y proteger a cada uno de sus integrantes, de forma especial a los niños, niñas y adolescentes. Este aspecto es relevante no sólo para la sociedad sino también para el Estado, debiendo salvaguardar sus derechos a través de diferentes mecanismos jurídicos como lo es el Interés Superior. Sin embargo, existen casos donde la familia se deshace y no existe forma de reconciliación, permitiendo que los cónyuges opten por el divorcio en sus diferentes modalidades. Pero, cuando existen hijos menores de por medio, también se debe hacer un proceso de tenencia que determine un régimen de visitas para el progenitor que no tiene la tenencia de los hijos. Debido a la afectación emocional de la separación de los progenitores, pueden ocurrir casos donde exista una influencia negativa sobre el niño o niños respecto al padre o madre que no los tiene bajo su protección. Este tipo de comportamiento ha sido denominado por Gardner como Síndrome de Alienación Parental, el cual además de dañar el vínculo afectivo entre el progenitor en cuestión y el hijo o hija, genera una distorsión de la percepción de la realidad, generando rechazo hacia él. El progenitor que influye de forma negativa sobre el menor en rechazo del otro, es denominado como alienante.

A raíz de este nuevo fenómeno, se plantea la presente investigación, para que en los procesos de tenencia no se tenga en consideración la opinión del Niño, Niña o Adolescente, en los que se presente el Síndrome de Alienación Parental; puesto que, pueden expresar deseos influenciados de rechazo hacia el progenitor que busca un régimen de visitas adecuado para no romper el vínculo formado dentro del hogar.

Con esa finalidad, se ha desarrollado un primer capítulo denominado como Aspectos Metodológicos, donde se halla el planteamiento, formulación y justificación de la investigación. Además, y no menos importantes, se indican los objetivos, tanto el general como los específicos. También se encuentra en este capítulo la delimitación y limitaciones, el tipo de investigación dividido de acuerdo al fin que persigue, al diseño de investigación y a los métodos y procedimientos; la hipótesis se detalla en este capítulo, así como los métodos de investigación, las técnicas e instrumentos de investigación y el Estado de la Cuestión.

En el capítulo II se detalla el Marco Teórico, donde se desarrollan temas como el Interés Superior del Niño y su protección constitucional, así como el derecho a la identidad dinámica del niño, las condiciones importantes del progenitor para la tenencia y la incidencia del Síndrome de Alienación Parental. Toda esta teoría es necesaria para desarrollar finalmente el último capítulo de la investigación.

En el tercer y último capítulo se desarrolla la Contrastación de la Hipótesis, separando este acápite en tres puntos: La explicación de cada caso de los expedientes analizados, la subjetividad en la opinión del Niño, Niña y Adolescente y, el inminente quebrantamiento del vínculo afectivo paterno – filial.

## **CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1. Planteamiento del problema**

Inicialmente, corresponde precisar que la Constitución Política del Perú reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. De otro lado, el Código Civil Peruano sostiene que la regulación de la familia tiene por objetivo contribuir a su consolidación y fortalecimiento, conforme a los principios contenidos en la Constitución Política del Perú; y, el Código de Niños, Niñas y Adolescentes prescribe que la niña, niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

En este sentido, podemos apreciar que se encuentra perfectamente regulado el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, principalmente por el grado de vulnerabilidad que presentan en esa etapa de la vida; por lo que, es importante que todos los dispositivos normativos se orienten a preservar este grupo, garantizando en todo momento la estabilidad de los menores, haciendo frente a cambios estructurales que podrían producirse por la separación de los padres.

De ahí que, dadas las circunstancias actuales existe una tendencia a la desintegración familiar, que afecta a los integrantes del grupo, quebrantando roles establecidos y perjudicando a las niños, niñas y adolescentes. Siendo así, atendiendo lo manifestado en líneas precedentes, se advierte que, como consecuencia de ello y al tener hijos de por medio, llega el momento de afrontar el proceso de tenencia.

De manera que, debemos entender que el proceso de tenencia se caracteriza por ser de naturaleza tutelar; por tanto, se aplica el numeral IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes del 2000, que establece que en toda medida concerniente al Niño y Adolescente que se adopte, debe privilegiarse el Principio del Interés Superior, que puede definirse como:

el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del Niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencia, etcétera, que también influyen en los medios elegibles. (Cas. 870-2015- Lima, fundamento Cuarto).

De este modo, se observa que los Jueces de Familia a cargo de un proceso deberán resolver el caso favoreciendo el Interés Superior del niño, niña y adolescente, atendiendo que:

Este principio tiene un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado o en conflicto con otros derechos: lo importante y en verdad discutido es siempre el derecho o los derechos en juego, en cuya solución el criterio determinante es precisamente el interés del menor. (Rivero, 2000, p. 91).

Por otro lado, se debe tener en cuenta que para resolver litigios de tenencia, el Juez Especializado de Familia debe escuchar al niño, niña y adolescente cuya custodia es discutida, con el propósito de determinar las condiciones en la que éste se desarrolla; y, así garantizar plenamente los derechos que le asisten; sin embargo, el problema puede presentarse cuando la opinión de los menores no está limpia, es decir, se encuentra influenciada por alguno de los padres, que los usan como instrumento (propios intereses).

De manera que, la influencia ejercida por los progenitores en sus hijos podría verse materializada con el Síndrome de Alienación Parental (SAP); puesto que, en muchas ocasiones son los padres quienes asumen el proceso de tenencia como “una batalla”, descuidando al real protagonista, al exponer y/o vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que son convencidos de una realidad que nunca han experimentado, como podría ser que “papá o mamá no los quiere”, “papá o mamá es malo”, entre otros.

Por tanto, corresponde poner atención en la opinión que emitan los niños, niñas y adolescentes en el proceso de Tenencia; puesto que, de esto dependerá la decisión que emitan los Jueces Especializados de Familia; y, de ninguna manera deberá estar influenciada y/o manipulada, pues podría poner en grave peligro el desarrollo integral de los menores, siendo totalmente contrario a lo que nuestro sistema de justicia procura.

## **1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son las razones jurídicas por las que no se debe tomar en cuenta la opinión del Niño, Niña y Adolescente en procesos de Tenencia en los que se presente el Síndrome de Alienación Parental?

## **1.3. Justificación**

Al respecto, se debe tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes forman parte de un grupo vulnerable; por tanto, el Estado y la Sociedad se encuentran obligados a protegerlos, adoptando medidas legislativas adecuadas e implementando políticas públicas, que se encaminan a privilegiar el Interés Superior del Niño, que en este contexto se verá

reflejado al escuchar la opinión del menor y, de ser el caso, valorarla, siempre que se garantice efectivamente sus derechos y, por ende, su bienestar integral.

Siendo así, el desarrollo de este trabajo de investigación pretende mejorar algunas prescripciones de nuestro sistema normativo, ello respecto de la obligación de los Jueces de Familia para tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en un proceso de Tenencia, conforme lo contempla el artículo 85° del Código de Niños y Adolescentes peruano. De ahí que, se reconoce a los menores como sujetos de derecho, con la posibilidad de intervenir en los temas relacionados con su vida.

En este sentido, se busca coadyuvar al bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, procurando permanezca con el progenitor más idóneo (no por Alienación) para garantizar su desarrollo pleno.

#### **1.4. Objetivos**

##### **1.4.1. Objetivo General**

Determinar las razones jurídicas para no tomar en cuenta la opinión del Niño, Niña y Adolescente en procesos de Tenencia en los que se presente el Síndrome de Alienación Parental.

##### **1.4.2. Objetivos específicos**

- A. Explicar el Principio del Interés Superior del Niño.
- B. Explicar el contenido del Derecho a la Identidad dinámica, así como el Derecho a Vivir en Familia.

- C. Desarrollar el contenido del Síndrome de Alienación Parental y su influencia en la opinión del niño, niña y adolescente.
- D. Proponer la incorporación legislativa para excluir la opinión de los niños, niñas y adolescentes en procesos de tenencia cuando éste se vea afectado por el Síndrome de Alienación Parental.

## **1.5. Delimitación y limitaciones**

### **1.5.1. Delimitación**

Por la naturaleza de la investigación no se delimita espacial y temporalmente; sin embargo, se tomará en cuenta la legislación nacional vigente.

### **1.5.2. Limitaciones**

Bibliográficas, específicamente por material relacionado al Síndrome de Alienación Parental desde una perspectiva jurídica; así como, de Casuística, porque dada la situación actual ha sido complicado tener acceso a fallos recientes respecto del Síndrome de Alienación Parental.

## **1.6. Tipo de Investigación**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue**

Básica, pues se pretende realizar algunos aportes teóricos en el ámbito del Derecho de Familia, y así incrementar el conocimiento en esta disciplina, dado que se orienta al estudio del criterio de la opinión del niño, niña y adolescente en un proceso de Tenencia.

## **1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación**

### **1.6.2.1. Descriptivo**

Porque se detalló de modo claro la institución jurídica de la tenencia y, como se ve alterada por el Síndrome de Alienación Parental, afectando derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

### **1.6.2.2. Explicativo**

De igual modo, se busca explicar el por qué la influencia del Síndrome de Alienación Parental en la opinión del niño, niña y adolescente cuya tenencia se encuentra en litigio, es decir a partir de ello determinar causas y efectos.

### **1.6.2.3. Propositivo**

Dado el objetivo de la presente investigación, al pretender elaborar una propuesta legislativa, en tanto se proyecta no tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en un proceso de Tenencia, principalmente porque puede verse expuesto y vulnerado sus derechos, por la afectación del Síndrome de Alienación Parental.

## **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos**

### **1.6.3.1. Cualitativo**

La presente investigación requiere un alto nivel teórico e interpretativo, a efectos de comprobar la hipótesis mediante

argumentos lógicos y razonados, pues se pretende estudiar la institución jurídica de la Tenencia.

De este modo, y a partir de ello determinar si es propicio tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en un litigio de este tipo, ello precisamente por la influencia que puede presentarse por alguno de sus progenitores, desnaturalizando la figura que se busca tutelar, dando lugar al Síndrome de Alienación Parental.

## **1.7. Hipótesis**

Las razones jurídicas por las que no se debe tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en un proceso de tenencia cuando se presente el Síndrome de Alienación Parental son, son:

- 1.7.1.** La subjetividad en la opinión del niño, niña y adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental.
- 1.7.2.** El inminente quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia.

## **1.8. Métodos de Investigación**

### **1.8.1. Genéricos**

#### **1.8.1.1. Inductivo**

Dado que se obtienen datos generales mediante premisas particulares, ello porque se trata de estudiar el Síndrome de Alienación Parental.

De este modo, determinar cómo ejerce influencia en la opinión del niño, niña y adolescente para modificar y/o variar la institución jurídica de la Tenencia.

## **1.8.2. Específicos**

### **1.8.2.1. Sistemático**

En virtud de la presente investigación, se tiene por finalidad interpretar y conectar las prescripciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y Adolescente, así como en la Constitución Política del Perú, Código Civil y Código de Niños y Adolescentes, mediante la doctrina y jurisprudencia.

### **1.8.2.2. Exegético**

Mediante el análisis de los cuerpos normativos detallados anteriormente, ello a partir del estudio lineal de artículos concretos para determinar la real voluntad del legislador.

### **1.8.2.3. Dogmático**

Para el desarrollo de la presente investigación, ha sido necesario recurrir a la doctrina nacional a fin de verificar cual ha sido el tratamiento del Síndrome de Alienación Parental y, si en efecto puede presentar algún tipo de incidencia en la opinión del niño, niña y adolescente.

### **1.8.2.4. Teleológico**

Se busca evidenciar que el Síndrome de Alienación Parental altera la opinión del niño, niña y adolescente y, por ende, la

Tenencia, generando que los derechos de los menores no sean tutelados.

## **1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación**

### **1.9.1. Técnicas**

#### **1.9.1.1. Análisis de documentos**

Básicamente por los distintos temas que se han estudiado, como son el tema de Familia, Tenencia y el Síndrome de Alienación Parental que se ve reflejado en la conducta de los niños, niñas y adolescentes dependiendo su grado de madurez.

#### **1.9.1.2. Fichaje**

Precisamente por los datos que se han registrado para demostrar y/o evidenciar la influencia del Síndrome de Alienación Parental en la opinión del niño, niña y adolescente.

### **1.9.2. Instrumentos**

#### **1.9.2.1. Mapas conceptuales**

Respecto de la jerarquía en el orden de ideas y permite concatenar la información recabada durante la investigación.

#### **1.9.2.2. Fichas bibliográficas**

Con el objeto de recordar los libros que han sido consultados respecto de los contenidos citados.

### **1.10. Estado de la Cuestión**

Con respecto a este punto, debe indicarse que no existe investigación igual y/o similar al trabajo desarrollado. Cabe resaltar que la búsqueda preliminar ha sido realizada en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, así como también en las Escuelas de Posgrado de las Universidades Privadas de nuestra ciudad. Asimismo, se realizó la búsqueda en RENATI, no obteniéndose ningún resultado parecido a la investigación.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU PROTECCIÓN**

En cuanto al Interés Superior del Niño, debemos considerar que este precepto ha ido evolucionando a través del tiempo; puesto que, han sido varios los trabajos realizados para alcanzar una conceptualización, partiendo de las relaciones entre padres e hijos (destacando la autoridad de los primeros sobre los segundos), para ahora concebir a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, con plena capacidad para asumir derechos y obligaciones, con propias opiniones y sentimientos, pero con especial respaldo del Estado y Sociedad al otorgarle y/o beneficiarlo con una protección especial.

De esta manera, se tiene que uno de los primeros instrumentos en acercarse a trabajar el Interés Superior del Niño es la Declaración de Ginebra de 1924, que reconoce que los Niños tienen derechos; y, los adultos tienen obligaciones para con ellos, destacando en el preámbulo de este documento que se debe conceder a los Niños lo que se estime mejor y más beneficioso para ellos; por lo que, evidentemente se aprecia algunas pinceladas respecto a las necesidades propias de la infancia y su urgente atención preferente, que conllevaría a privilegiarlos para garantizar su bienestar integral.

De ahí que, muchos doctrinarios sostienen que el Interés Superior del Niño es una directriz indeterminada, sujeta a múltiples interpretaciones – que varían atendiendo cada caso en particular; puesto que, los requerimientos de un menor son distintos al otro; por lo que, sería imposible generalizar todos los casos.

Entonces, el Interés Superior del niño no tiene una definición precisa; sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 refiere: “En todas

las medidas concernientes a los Niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Artículo 3°, inciso 1); por lo que, ningún caso deberá resolverse apartándose de las necesidades de los Niños, Niñas y Adolescentes, al ser los beneficiarios directos con las medidas que se dicten a favor suyo; por ende, habría mayor control en la administración de justicia.

Siendo así, debe tenerse en cuenta lo prescrito en la Observación N° 14 sobre el Derecho de los Niños a que su interés sea una consideración primordial, que refiere:

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar este concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivos (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 9).

De este modo, se advierte que el interés superior del niño se explicará (únicamente) individualizando cada caso; puesto que, las necesidades de los Niños, Niñas y Adolescentes varían por algunas condiciones, tales como: edad, estilos de vida, apego, entre otros.

Al mismo tiempo; y, para reforzar lo indicado en el párrafo precedente, se debe considerar lo prescrito en la Observación General N° 14 sobre el Derecho de los Niños a que su interés superior sea una consideración primordial, que señala:

el objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, resaltando que tiene una triple acepción: a) Un derecho sustantivo: se trata “del derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión de una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que más satisfaga de manera más efectivo el interés superior del niño”; y, c) Una norma de procedimiento: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de las decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión del niño o los niños interesados. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p.4).

En definitiva, el Interés Superior del Niño es una directriz y/o instrumento importantísimo en el Derecho de Familia; puesto que, garantiza la efectividad de los derechos reconocidos a los Niños, Niñas y Adolescentes, al hacerlos partícipes en todos los temas en los que se vean involucrados; por lo que, no existe duda que los razonamientos jurídicos responderán a las necesidades de los mismos, favoreciéndolos integralmente para su desarrollo. Además, se considera que el Interés Superior del Niño direcciona el trabajo de los legisladores para implementar políticas públicas a favor de la infancia.

De ahí que, conviene poner énfasis en que el principio del interés superior del niño obliga a que normas y/u otras disposiciones se flexibilicen y/o adapten, a efectos de lograr la aplicación más favorable para solucionar algún tema en los que se vean inmersos los Niños, Niñas y Adolescentes, que por su especial

situación de vulnerabilidad requieren atención preferente por parte de nuestro Estado (STC N° 4058-2012 – Huaura, fundamento 25).

### **2.1.1 Tratamiento Convencional y Constitucional**

Para comenzar debe tenerse en cuenta que uno de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad ha estado conformado por los Niños, Niñas y Adolescentes, quienes necesitaban protección de los adultos (generalmente sus padres) para garantizar la efectividad de los derechos que los asistían; no obstante, esta visión ha cambiado considerablemente; puesto que, desde la codificación civil se ha logrado diferenciar etapas del desarrollo, como la Niñez y Adolescencia reconociendo su capacidad para asumir derechos y obligaciones, además de formarse un propio juicio y/o razonamiento en base a sus sentimientos.

En este sentido, nuestro Código Civil peruano de 1984 prescribe: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento” (Artículo 1); por lo que, se diferencia dos etapas fundamentales, la Niñez y Adolescencia, destacando en el Código de Niños y Adolescentes peruano del 2000 que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad” (Artículo I), evidenciando la posibilidad de ejercer derechos reconocidos, y la especial protección en base a la minoría (goce) y la mayoría (ejercicio) de edad.

De este modo, y considerando lo expuesto en líneas precedentes, se tiene que los Niños, Niñas y Adolescentes tienen derechos específicos, que pueden ejercerlos como corresponden; sin embargo, es importante la intervención del Estado y Sociedad para garantizarlos; por tanto, corresponde detenernos para analizar la asociación de estos con el Interés Superior del Niño, que básicamente se orienta a proteger integralmente a los menores.

De ahí que, el interés superior del niño se ha materializado mediante instrumentos internacionales, como la Declaración de Ginebra de 1924, conocida como la Declaración de los Derechos del Niño por la Sociedad de Naciones Unidas, que destacaba una protección especial para los Niños, Niñas y Adolescentes al concederles lo más beneficioso para él, para posteriormente considerar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que la infancia merecía cuidados y asistencia diferenciada; por lo que, evidenciamos la preocupación por atender individualizando las necesidades de los menores.

Entonces, advertimos que el desarrollo del Interés Superior del Niño ha sido progresivo, los avances se han logrado a través del tiempo, así en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 se reconoce:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse (...) en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración

fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Por lo que, considerando el párrafo precedente se observa un profundo interés por el respeto de los derechos humanos, ello con miras de promover una excelente calidad de vida, más aún de los Niños, Niñas y Adolescentes – que necesitan una protección direccionada (especial), inicialmente formulada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se procura garantizar el bienestar integral y desarrollo pleno de los menores, satisfaciendo sus necesidades e intereses.

Ahora bien, otro instrumento internacional que se acerca a la concepción del interés superior del niño es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 que precisa:

Los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para:  
b) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (Artículo 5, inciso b).

Por tanto, las acciones girarán como garantía de los derechos que les asisten a los Niños.

Por otro lado, reconocemos que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es el documento más importante; puesto que, hace mayor énfasis al interés superior del niño, refiriendo: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Artículo 3º, inciso 1). De ahí que, se concibe a los Niños, Niñas y Adolescentes como beneficiarios de protección especial.

De esta manera, conviene tener en cuenta lo siguiente:

La Convención sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemáticamente y armónicamente, esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia, como es el caso del de “interés superior del niño” (Plácido, 2015, p.134).

Entonces, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se inspira en una doctrina de protección integral, que se reconoce derechos, pero lo resume en principios, como: el Interés Superior del Niño, en mérito de la protección integral.

Definitivamente, si estudiamos detenidamente el Interés Superior del Niño como Principio debemos considerar que, como refiere Plácido (2015): “La Convención ha elevado el “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia políticas públicas orienta el desarrollo de una cultura respetuosa” (p. 135); por lo que, la interpretación y aplicación de la Convención debe darse de manera sistemática, es decir, de modo íntegro y no

excluyente para garantizar la efectividad de los derechos de los menores.

En este sentido, se observa que el Interés Superior del Niño debe aplicarse al momento de tomar una decisión que concierna a los Niños, Niñas y Adolescentes, como sujetos de derecho (con capacidad para asumir derechos y obligaciones); por lo que, es necesario que ante cualquier medida que se adopte se considere siempre lo mejor para garantizar los derechos de los menores, y no exponerlos y/o vulnerarlos; por tanto:

la noción del interés superior del niño, tal como está definido en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene dos funciones: el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución).

El criterio de control significa que el interés superior del niño sirve aquí para velar por el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control. El criterio de solución implica que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es “en el interés del niño”. (Plácido, 2015, p. 153)

Ahora bien, enfocándonos en el marco constitucional, se debe partir de lo prescrito en la Constitución Política del Perú de 1993, que prescribe: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente. También protegen a la familia institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Artículo 4°).

En este sentido, conviene tener en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que refiere: “en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de este

y el respeto de sus derechos” (STC 2165-2002- Lima, fundamento 4); por ende, se reconoce que en todos los temas que se encuentren involucrados los Niños, Niñas y Adolescentes se resolverá atendiendo principalmente su interés superior, que evidentemente será diferenciado; puesto que, un caso no se parece a otro, menos los requerimientos que puedan tener los menores.

Por esto, corresponde traer a colación la siguiente afirmación:

Igualmente, resulta evidente que el Tribunal Constitucional supera la abstracción de la idea, buscando la concreción del concepto en su propia realidad humana y jurídica, en cuanto referida al problema o cuestión vivencial, pues el concepto jurídico se refiere a un caso (conflicto de intereses) y a un protagonista en particular el niño.

Con tal propósito, han tenido vital importancia los datos personales y circunstancias concretos de los protagonistas y de cada caso y situación: solo así se ha podido decidir cuál es, dónde está y cómo encontrar el “interés superior del niño” del niño que se trate, cualquiera que sea la forma de presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo (Plácido, 2015, pp.188-189).

De ahí que, constitucionalmente se reconoce la protección especial a favor de los Niños, Niñas y Adolescentes; sin embargo, al igual que los otros instrumentos internacionales no se contextualiza el Interés Superior del Niño, sino que nos orienta a pensar que este se encuentra constituido por las reales necesidades de los menores. Siendo así, el máximo intérprete de la Constitución refiere que Interés Superior del Niño será atendiendo en base los hechos y material probatorio, pero que, en todo momento, debe interpretarse atendiendo la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 para proteger al beneficiario.

Como se observa, lo realmente importante es superponer y/o privilegiar el Interés Superior del Niño sobre cualquier otro; puesto que, de las posibles alternativas debe preferirse lo más beneficioso para los Niños, Niñas y Adolescentes cuyos derechos se encuentran en litigio; por lo que, para abordarse este tema debe considerarse:

- a) El Interés Superior del Niño exige y obliga a proveer en primer lugar problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal).
- b) En la concreción de este interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principios e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever.
- c) Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su Interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales (Plácido, 2015, p.190).

Esta posición nos hace inferir que el criterio constitucionalmente aplicable es objetivo y, tiene como punto de partida la dignidad del ser humano como fin supremo de la sociedad y el Estado, además de reconocer que los Niños, Niñas y Adolescentes tienen necesidades básicas que deben ser atendidas inmediatamente, pues de lo contrario serían expuestos y, evidentemente sus derechos estarían siendo vulnerados; por lo que, estos menores crecerían con muchas inseguridades, temores, miedos, dependencias y otros, que de ninguna manera garantizarían su bienestar integral, que es lo que se procura.

En suma, observamos que existen varios trabajos para definir y/o dar un mayor alcance sobre el Interés Superior del Niño; sin embargo, doctrinariamente no tenemos clara idea, pero entendemos que es un principio que atiende a las necesidades reales de los Niños, Niñas y

Adolescentes, el problema se encuentra al ser aplicado por los Magistrados, quienes tienen un amplio margen de discrecionalidad para resolver estos casos; y, su exceso podría vulnerar (sin problema) los derechos de los menores, agravando la situación al exponerlos directamente.

Siendo así, corresponde considerar al Interés Superior del Niño como uno de los parámetros fundamentales en el Derecho de Familia, más aún si la Convención sobre los Derechos del Niño lo caracteriza por ser subjetivo y garantista, mientras que la Constitución Política del Perú de 1993 destaca que se trata de un criterio objetivo, pues dentro de varias opciones se elige la que más le favorezca y convenga al Niño, Niña y Adolescente, valorando circunstancias propias como: edad, estado emocional, relaciones interpersonales, condiciones de vida y otros que marcan un estilo particular (que difiere entre una y otra persona).

En este sentido, debe evaluarse cuidadosamente el Interés Superior del Niño; puesto que, en cada controversia en la que estén inmersos los menores se debe privilegiar los intereses de los mismos, asegurando en todo momento que las medidas que se dicten aseguren el bienestar integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, toda vez que sería lamentable que nuestro propio sistema de justicia los exponga por un mal razonamiento jurídico.

Es así que, debemos poner énfasis en que la Convención de los Derechos del Niño de 1989 aprobada por la Asamblea General de las

Naciones Unidas, reconoce que los Niños, Niñas y Adolescentes tienen necesidades propias (diferenciadas) que requieren de atención inmediata para así tutelar efectivamente los derechos que les corresponden, quienes por su condición de sujetos de derechos – titulares de derechos y obligaciones – ostentan plena capacidad para participar (directa y activamente) en decisiones que afecten el desarrollo de su vida, presente y futura.

Por esto, no podemos negar que los Niños, Niñas y Adolescentes manifiestan requerimientos acordes con su edad y madurez - que van desarrollando conforme el transcurso de su vida; por lo que, es acertado que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se oriente a procurar la “atención integral” de la infancia, direccionando el trabajo de los legisladores (protección) e integrando a los menores en decisiones que directamente los afecten, más aún si reconoce principios como: el interés superior del niño (atención preferente); y, que los Niños no son objetos sino sujetos de derecho (tutela efectiva).

Finalmente, observamos que la Constitución parte de dos pilares: 1) la obligación de la comunidad y Estado de proteger especialmente al Niño y Adolescente, 2) dignidad del ser humano; por tanto, existe especial preocupación para que los operadores de justicia adecuen y/o flexibilicen normas, ello con el objeto de aplicar las más favorables a los Niños, Niñas y Adolescentes. Siendo así, es conveniente que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Constitución Política del Perú sean aplicadas de manera armónica, ello para

garantizar el desarrollo pleno de los menores, así como la efectividad de sus derechos.

Por otro lado, cabe mencionar que en la Casación N° 5940 – 2017 de Cajamarca, se indica que tanto:

consideran que el lugar donde vive actualmente, no es un ambiente propicio y que no le permite desarrollarse a la menor en forma adecuada; refiere que si bien es importante para el desarrollo de una persona que radique en un lugar en el cual se cuenten con más comodidades socioeconómicas, sin embargo, precisa que más importante es su desarrollo psicológico, y es en ese aspecto que el *A quo* y *Ad quem* han cometido un error que transgrede una norma que es imperativa.

En ese sentido, la Casación valora los criterios utilizados por el *A quo* y el *Ad quem*. A nuestro criterio es necesario también evaluar otros criterios de igual importancia, como es el caso del Tribunal Constitucional y demás tratados y el reconocimiento de derechos de la niña en cuestión.

### **2.1.2 Análisis Legislativo**

Como se ha dicho en el apartado anterior, el Interés Superior del Niño ha evolucionado en el tiempo, habiendo sido recogido en diferentes dispositivos nacionales e internacionales; por lo que, resulta indispensable realizar un análisis legislativo de este principio, en tanto en Perú fue recogido originariamente en el Código de Menores de 1962, que se basó en la doctrina de situación irregular, concibiendo a los Niños como objetos de protección, razón por la que no se distinguió la situación irregular o peligrosa del estado de abandono, ordenándose en todos los casos su internamiento (integridad). Específicamente la Ley N° 13968 en su artículo uno, indicaba:

Autorizase al Poder Ejecutivo para promulgar el Código de Menores, sobre la base del proyecto definitivo elaborado por las Comisiones de Leyes Orgánicas y de Legislación de Mujeres y Menores, que consta de 147 artículos, introduciendo las modificaciones que sin variar lo esencial del proyecto, proponga una Comisión Revisora integrada por 2 Diputados y un Senador, en representación del Parlamento, y por dos miembros más que designe el Poder Ejecutivo.

En este sentido, se concebía que los Niños constituían parte de los problemas sociales; por tanto, las normas debían direccionarse a tutelarlos porque en realidad constituían un peligro por las faltas o inconductas que estos cometían, orientando las resoluciones a proteger a la comunidad (como tal), reconociendo que se judicializaba el estado de abandono como la infracción penal (sin ninguna diferencia), imponiendo medidas coercitivas como el internamiento, sin importar que se compruebe la culpabilidad del menor, sino únicamente obedeciendo a lo ordenado por el Juez, lo que evidencia la ausencia de derechos y garantías.

De este modo, se advierte que posterior a la situación irregular surgió una novedosa doctrina, conocida como “protección integral” que como refiere Capuñay (2010): “es el resultado de un movimiento a favor de los derechos de los niños y reformas de los derechos de la infancia” (p.2). Siendo así, se reconoce a los Niños, Niñas y Adolescentes como sujetos de derechos, con capacidad de responder por sus actos; y, con derechos plenamente reconocidos a favor suyo.

De ahí que, esta doctrina de protección integral orienta a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que reconoce derechos a favor de los Niños, Niñas y Adolescentes, además de

concederle participación activa en los temas en los que se vea involucrado. Además de recoger principios fundamentales, tales como:

1.- El cambio de visión del niño de objeto de compasión y represión a un sujeto pleno de derechos, 2.- Consideración del principio del Interés Superior del Niño, que sirve como garantía, norma de interpretación y/o resolución de conflictos y como criterio orientador de políticas públicas referidas a la infancia, (Capuñay, 2010, p.3).

De manera que, enfocándonos en nuestro marco normativo, se observa que el primer Código de Niños y Adolescentes en Perú fue dado en el año 1992, con el Decreto Ley N° 26102, para posteriormente ser recogido en el vigente Código de Niños y Adolescentes del 2000, aprobado por la Ley N° 27337, que prescribe en el Título Preliminar: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos” (Artículo IX); por tanto, se atañe principalmente a la obligación de los padres con sus hijos; y, seguidamente, de los Magistrados.

Así también, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes del 2000, que señala: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad” (Artículo I). En la misma línea, se considera en el mismo cuerpo normativo que: “El niño y adolescente que estuvieran en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán

derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten” (Artículo 9).

De otro lado, en la Ley N° 30466 del 2016 se consigna: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecta directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Artículo 2°). Además, señala: “La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño” (Artículo 4° inciso 2); por ende, se visualiza con mayor alcance el Principio del Interés Superior del Niño.

En definitiva, el Interés Superior del Niño es un factor muy importante en las relaciones paterno – filiales, así como en la administración de justicia; puesto que, en todo momento se debe considerar y/o privilegiar el interés de los Niños, Niñas y Adolescentes, ello porque si realmente deseamos protegerlos – debemos tutelar efectivamente sus derechos, ya que, no es posible garantizarle las mejores condiciones si los vulneramos (aprovechando su condición de dependencia), y desconocemos su condición de sujetos en los procesos en los que se vean inmersos – atentando contra su bienestar integral (procurado).

Por consiguiente, debe resaltarse lo expuesto en la Sentencia N° 3744-2007 que consigna: “interés superior del niño, comprende, (...) una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a

quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable (...) toda vez que se trata de Niños, Niñas y Adolescentes” (STC 3744-2007-La Libertad, fundamento 5), lo interesante es que hablamos de Niños Niñas y Adolescentes que requieren de atención eficaz e inmediata.

Dicho lo anterior, conviene tener en cuenta lo manifestado en la Casación N° 2887-2016 que refiere:

el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales. Asimismo, el “interés superior” garantiza la satisfacción de los derechos del menor, lo que significa que en toda decisión que afecta al niño o adolescente, deberá primar el respeto a sus derechos, lo cual tiene asidero normativo y supranacional; es decir, la Convención sobre los Derechos del Niño, y define como niño/a a todo ser humano menor de dieciocho años, así como los derechos políticos, sociales, culturales y económicos de los niños, entre los cuales detalla cuatro principios fundamentales contenidos en los artículos 3: el interés superior del niño. Así también, el principio concerniente al interés superior del niño, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fue reconocido primigeniamente por la Organización de las Naciones Unidas el veinte de noviembre del mil novecientos cincuenta y nueve en la Declaración de los Derechos del Niño, cuando en el Principio II indica: “Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”, criterio que del mismo modo desarrolla el artículo 3.1. de la indicada Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes (Cas. N° 2887-2016- La Libertad, fundamento séptimo).

Ahora bien, podemos sostener que el Interés Superior del Niño es un principio fundamental; puesto que, siempre va a orientar cualquier

medida que se adopte a favor de los Niños, Niñas y Adolescentes, obligando incluso a los Magistrados a flexibilizar normas para brindar lo mejor a la infancia. No obstante, si le ponemos mayor atención, podemos apreciar que el problema se encuentra y/o advierte al no identificar correctamente las necesidades de los menores, y así exponerlos a que sus derechos sean vulnerados por la sociedad en general, pero especialmente por sus padres (que son sus principales cuidadores).

Entonces, no desconocemos los intentos de nuestro Estado peruano por garantizar la efectividad de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes al implementar medidas legislativas y políticas públicas para proteger integralmente a la infancia.

De ahí que, conviene tener en cuenta que el interés superior del niño orienta las decisiones que se tomen a favor de este grupo; puesto que:

el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (Sokolich, 2013, p.84).

Siendo así, debe considerar la afirmación que se detalla a continuación y que refiere de modo acertado lo siguiente:

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretende practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no solo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos,

sino que, adicionalmente determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones. (Plácido, 2015, p.79).

En este sentido; y, atendiendo lo expuesto en los párrafos precedentes, se observa que nuestro Estado peruano tiene un rol activo para satisfacer los intereses de los Niños, Niñas y Adolescente, toda vez que se cuenta con material normativo para regular este contexto y así satisfacer el interés superior del niño, evitando abusos y/o excesos para los menores, quienes por su especial condición de vulnerabilidad necesitan de protección directa por parte de nuestros operadores de justicia (cuando se encuentra inmersos en temas procesales); por lo que, conviene tomar en cuenta las necesidades de los menores.

Además, cabe preguntarse, ¿Por qué si están tan protegidos legalmente los Niños, Niñas y Adolescentes (en la mayoría de casos) han visto vulnerado sus derechos? ¿Acaso no es suficiente la legislación que tenemos? ¿Debemos ponerle énfasis a este tema? ¿Se están implementando políticas públicas al respecto?

Al respecto; y, como se esbozaba en líneas precedentes, nuestra Constitución Política del Perú de 1993, así como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Código de Niños y Adolescentes peruano del 2000 orientan todas sus disposiciones a proteger a los Niños, Niñas y Adolescentes, obligándolos al Estado y Sociedad procurar su bienestar integral, al privilegiar en todo momento el Interés Superior del Niño; sin embargo, se ha observado que en algunas

oportunidades no se ha tenido claro los requerimientos de los menores; y, por tanto, ha dado lugar para vulnerar los derechos que le asisten a los Niños.

Del mismo modo, somos conocedores de que los Tratados Internacionales, son de obligatorio cumplimiento para los países firmantes, en este caso Perú, que debe incluir la totalidad del contenido como parte de nuestro derecho nacional y, a partir de allí aplicarlo en cada caso que lo requiera, pudiendo nuestra legislación guiarse para ampliar las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que son vistos como sujetos de derecho, con titularidad de derechos y obligaciones; y, con plena capacidad de formarse un propio juicio acerca de los temas en los que se vean involucrados.

En la misma línea, definitivamente el Interés Superior del Niño es un Principio, como tal se encuentra prescrito en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes Peruano del 2000, así como en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, teniéndose como “común denominador” en que cualquier medida que deba adoptarse en favor de los menores siempre deberá privilegiarse su interés superior; por tanto, no puede cometerse excesos, pues todos jugaran en contra del desarrollo pleno de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En este sentido, destacamos que el Principio del Interés Superior del Niño es trascendental en el Derecho de Familia, toda vez que orienta

al Estado y sociedad para que todas las medidas que se adopten sea en beneficio de los Niños, Niñas y Adolescentes. Por lo que, al contar con normativa suficiente conviene que los operadores de justicia determinen correctamente el interés superior del niño; puesto que, la decisión que se adopte generará un impacto en la vida actual y también futura de los Niños, pudiendo incluso cambiar estilos de vida en los menores.

De manera que, corresponde que la administración de justicia mediante sus operadores, como son los Magistrados y Fiscales sustenten todas las decisiones respecto al Niño, Niña y Adolescente en su interés superior, ello independientemente de las intenciones que puedan tener los padres en una situación determinada; puesto que, al atravesar procesos de divorcio suelen presentarse muchos inconvenientes, que los suelen transformar en un conflicto de lealtades para los menores, quienes se ven en la tediosa tarea de preferir a uno de ellos por ser el mejor (aparentemente) sin serlo.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que el interés superior del niño debe ser la principal directriz en la toma de cualquier decisión que concierna al Niño, Niña y Adolescente; y, no es suficiente solo enunciarlo, sino que debe desarrollarse conforme indica Sokolich (2013) que afirma: “aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan”(p.84), generando consecuencias totalmente desfavorables en los Niños, Niñas y Adolescentes.

De acuerdo a lo expresado, tenemos claro que nuestro Estado peruano se preocupa activamente por los Niños, Niñas y Adolescentes, implementando diferentes políticas públicas que parten de la dignidad del ser humano como condición para procurar mejoras a favor de la infancia; por lo que, se considera:

El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2° de la Carta Fundamental y el artículo 1° del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral. (Sokolich, 2013, p.85)

Finalmente, tenemos claro que los Niños, Niñas y Adolescente ahora son vistos como sujetos de derecho, ello a diferencia de tiempos remotos en que eran considerados como objetos de derecho; por tanto, se advierte que estos derechos han sido ganados de manera progresiva, obligando a los padres y/u otras personas a protegerlos y orientarlos para su desarrollo cotidiano, satisfaciendo su interés superior para garantizar la eficacia de sus derechos; por lo que, el trabajo que deben desempeñar (generalmente los padres) es trascendente en el transcurso de la vida de los menores.

Para comprender mejor, se reconoce que existe material normativo, tanto Constitucional como Convencional que protege a los Niños, Niñas y Adolescentes; por lo que, corresponde aplicarlo coherentemente al Interés Superior del Niño, toda vez que sus efectos son trascendentales en el desarrollo de la vida de los menores; y, su

errónea aplicación e interpretación genera consecuencias totalmente desfavorables, que ahora se traducirían con Niños, Niñas y Adolescentes rebeldes para más adelante ser personas resentidas - con plena capacidad delictiva.

### **2.1.3 Derecho a Vivir en Familia como Garantía del Interés Superior del Niño**

Con respecto a este apartado, debemos tener en cuenta que la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe “La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Artículo 4°). En la misma línea, señala “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de asistir y respetar a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes” (Artículo 6°); por lo que, se advierte la importancia de la familia en la sociedad.

Del mismo modo, en otros instrumentos como el Artículo 16° de la Declaración Universal de 1948, el Artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Artículo 8° del Código de Niños y Adolescentes Peruano del 2000 se reconoce a la Familia como un elemento natural de la sociedad, gozando de total protección por parte del Estado desde el momento de su constitución (procurando su preservación), más aún si estos grupos tienen a su cargo hijos menores que deben ser cuidados y protegidos.

En este sentido, conviene considerar lo manifestado por Miguel Carbonell, quien refiere:

en materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un modelo de familia o de comportamiento familia y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia en las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias. (Carbonell como se citó en Albines y Gonzales, 2015, p.48).

De manera que, debemos poner atención en que la familia no solamente es nuclear, es decir, conformada por padres e hijos, sino que también puede adoptar otras formas de constitución, situación totalmente válida; puesto que, lo realmente importante es proteger a cada miembro de este grupo, toda vez que es el primer ambiente donde se desarrollan los Niños, Niñas y Adolescentes, recibiendo cuidados necesarios para lograr su desarrollo integral; por lo que, se optimizan las relaciones afectivo emocionales con cada uno de los integrantes de la familia, especialmente con los padres con quienes se desarrollan apegos.

De ahí que, debe tenerse en cuenta que el concepto familia puede tener dos acepciones, conforme se detalla a continuación:

- a) En sentido amplio: conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad.
- b) En sentido restringido; acepción dividida a la vez en:
  - Familia nuclear: personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente menores o incapaces). Por extensión se incluye a los concubinos y sus hijos menores o incapaces.
  - Familia extendida: integrada por lo anterior y uno o más parientes.

- Familia compuesta: la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia. (Cornejo como se citó en Ramos, p.99)

En este sentido, se observa que la familia es uno de los grupos más importantes en nuestra sociedad; puesto que, en este ambiente los Niños, Niñas y Adolescentes dan por satisfechas sus necesidades básicas, como la alimentación, vestido, vivienda, entre otros. Al mismo tiempo, se destaca que la convivencia entre padres e hijos influye en el aspecto afectivo y social; puesto que, los menores aprenden a identificarse y desarrollar su personalidad al definir elementos que trascenderán el resto de su vida. Por tanto, es conveniente que los menores vivan con sus padres, para garantizar su bienestar integral.

Es así que, se considera:

La familia es una unidad básica de reproducción no sólo biológica sino económica y representa el espacio fundamental de socialización, protección, seguridad e intimidad en el plano afectivo emocional.

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

La pertenencia a la familia da identidad, permite desarrollar sentimientos de afecto, seguridad, apego y obtención de valores. Además de las importantes funciones ya mencionadas, la familia debe fomentar una autoestima sana en la niñez, que esté basada en la confianza que los progenitores transmitieron a sus hijos e hijas. (Rodríguez, 2011, p. 60).

Por esto, corresponde poner énfasis en proveer las condiciones necesarias para el buen funcionamiento de la familia, ya que, este grupo es fundamental y trascendente en la vida de todo ser humano, especialmente en la etapa de la niñez y adolescencia; puesto que, en este momento se asumen determinados modelos que servirán para

(más adelante) insertarse satisfactoriamente en la sociedad. Siendo así, es importante que este ambiente sea sano y adecuado para garantizar el desarrollo integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, y así crear adultos responsables y no rebeldes.

Ahora bien, no es novedad que en las familias se presenten conflictos (a partir de la relación de los padres), que en algunos casos se solucionan y en otros no, lo que (en el peor panorama) conlleva a la disolución de este grupo tan importante. De ahí que, cuando la familia se separa y existen hijos menores de edad, el Estado tiene la obligación de proteger a los Niños, Niñas y Adolescentes atendiendo primordialmente su Interés Superior, en mérito a lo que se detalla a continuación:

- A) Lazos emocionales y relaciones entre el niño y sus padres, hermanos, familia y miembros del hogar u otras personas que lo tengan a su cargo.
- B) El bienestar físico y emocional del niño, incluyendo cualquier necesidad de cuidado y tratamiento.
- C) Las opiniones del niño, cuando sea necesario.
- E) La educación del niño.
- F) La capacidad de los padres de proveer un hogar seguro y comida adecuada, vestido, cuidado médico.
- G) Las necesidades mentales y físicas del niño.
- I) La necesidad de proveer un ambiente seguro que pueda permitir que el niño logre convertirse en un miembro útil de la sociedad al alcanzar su potencial completo de acuerdo con su capacidad individual. (Albines y Gonzales, 2015, p.60).

En este sentido, es importante poner atención en la forma de la separación de la familia, ello porque independientemente del quebrantamiento del vínculo afectivo entre los padres, los hijos no deben perder el contacto y más aún el afecto hacia sus padres. Al

mismo tiempo, no se debe permitir que los Niños, Niñas y Adolescentes vivan un contexto que no les corresponde (asuman el problema), vulnerando el derecho a su tranquilidad, a vivir en un ambiente sano, entre otros, que únicamente perjudicarían el desarrollo y bienestar integral de los menores, sumiéndolos en una situación de inseguridades y miedos.

En definitiva, se destaca que frente a la desintegración de la familia se debe proteger principalmente a los Niños, Niñas y Adolescentes atendiendo a su interés superior; puesto que, como consecuencia del conflicto entre los padres se da lugar a litigios en los que se decidirá la custodia de los hijos con alguno o ambos padres; por lo que, debe privilegiarse a los menores concediendo su cuidado al progenitor y/o progenitor que acredite tener las mejores condiciones para garantizar su bienestar integral, ya que, de lo contrario se causaría un perjuicio irreparable no solo en la vida actual sino también futura de los menores.

Entonces, frente a los conflictos que puedan presentarse en la familia, el Estado y Sociedad debe proteger a los Niños, Niñas y Adolescentes en mérito a su interés superior, al ser la directriz que oriente la medida que se adopte.

Ahora bien, adentrándonos en el Derecho a Vivir en Familia como Garantía del Interés Superior del Niño, se debe partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que prescribe:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra voluntad de estos, excepto cuando, tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, cuando viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (Artículo 9°, inciso 1).

En la misma línea, no podemos perder de vista lo consignado en el Código de Niños y Adolescentes peruano del 2000, que señala:

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar, para su adecuado desarrollo integral” (Artículo 9°)

Por tanto, en ambos dispositivos se reconoce el derecho de los menores a convivir con sus padres y excepcionalmente a ser separado de ellos.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

más que como un derecho fundamental de la familia se trataba de un instituto natural y fundamental de la sociedad constitucionalmente garantizado, posteriormente ha reconocido expresamente el derecho fundamental implícito de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella (vivir en ella) a partir de lo establecido en el preámbulo y el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para el supremo intérprete de la Constitución, tal naturaleza de derecho fundamental se sustenta *“en el principio – derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución”*.

Asimismo, establece que este derecho persigue como finalidad que los niños, niñas y adolescentes satisfagan sus *“necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente de los niños”*. (Defensoría del Pueblo, 2010, pp.104 -105).

De ahí que, se observa que es un derecho de todos los Niños, Niñas y Adolescentes vivir en su familia y no ser separado de ella, si eso sucede será por causas excepcionales y con el fin de protegerlo; por tanto, el Derecho a Vivir en Familia es una Garantía del Interés Superior del Niño; puesto que, conforme manifiesta Roca (2003): “el actual derecho de familia debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman el grupo familiar finalidad esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales” (p.118).

En este sentido, se debe considerar que en efecto la familia constituye la unidad fundamental de la sociedad y, por ende, la atención de nuestro Estado en procurar la preservación de este elemento, estableciendo obligaciones parentales que son necesarias para la crianza y desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes; puesto que, en esta etapa se adquieren aprendizajes que perdurarán el resto de la vida, por ello es interesante poner atención en el interés superior del niño, en tanto será la garantía en la efectividad de los derechos concedidos a los menores.

Entonces, reiteramos que el Derecho a vivir en Familia constituye una garantía del interés superior del niño, pues en la mayoría de casos los Niños, Niñas y Adolescentes conviven con sus padres, quienes se encargan de procurar las mejores condiciones para el desarrollo de sus hijos. Siendo así, se atiende principalmente los derechos que le han sido concedidos para garantizar su bienestar pleno y satisfactoria

inserción en la sociedad, al ser una persona segura, responsable, con valores, y otros que lo definen.

En consecuencia, corresponde preguntarnos ¿El interés superior del niño debe ser considerado primordialmente? ¿Se garantiza el Derecho a Vivir en Familia? En efecto, el interés superior del niño debe atenderse en toda medida concerniente al Niño, Niña y Adolescente, pues permitirá adoptar una solución satisfactoria para el desarrollo del menor, además de garantizar que se va a respetar los derechos que le corresponden. Al mismo tiempo, es ideal que los Niños, Niñas y Adolescentes convivan con su familia, pero excepcionalmente a ser separados de ella, con el objeto de protegerlos.

De manera que, pese a que el Niño, Niña y Adolescente sea separado de su familia, entiéndase de sus padres, existe la obligación de atender su interés superior; por lo que, es interesante que en ningún momento se pierda el vínculo y/o contacto con alguno de sus progenitores; puesto que, de suceder ello se causaría un conflicto interno en el que se vería en la necesidad de preferir y hasta proteger a alguno de ellos, situación totalmente incoherente, toda vez que a quien realmente se debe cuidar es a los hijos y, no exponerlos y/o vulnerar sus derechos de esta forma.

Finalmente, a modo de conclusión podemos apreciar que el interés superior del niño es una garantía del derecho a vivir en familia de los Niños, Niñas y Adolescentes, pues se sabe que no habrá mejor lugar

para la tutela de los derechos del menor que en su propia familia, pues aquí se aprenden algunos comportamientos, costumbres, entre otros; por tanto, es importante preservar este grupo en nuestra sociedad, pues es trascendente el efecto que produce en la vida de cada ser humano, y no solo en el momento actual sino también en lo que se viene a futuro.

## **2.2. DERECHO A LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**

Inicialmente debe tenerse en cuenta que el derecho a la identidad deriva de la dignidad del ser humano, conforme se prescribe en la Constitución Política del Perú de 1993 que precisa “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Artículo 1°); por lo que, es trascendental que los Niños, Niñas y Adolescentes sean reconocidos por los demás por lo que son y representan, siendo diferenciados por rasgos biológicos, así como por condiciones personales, destacando que cada persona es única e irrepetible – con características propias.

Siendo así, corresponde considerar lo señalado en nuestra Carta Magna, que contempla “Toda persona tiene derecho: 1) a su identidad (...)” (Artículo 2° inciso 1); por ende, se reconoce que el Derecho a la Identidad es un derecho inherente a las personas, por el solo hecho de serlo y se basa en la dignidad misma para garantizar el bienestar integral de los seres humanos, en este caso de los Niños, Niñas y Adolescente, quienes no solo tienen derecho a un nombre y nacionalidad, sino también a conocer a sus padres;

puesto que, a partir de ello se genera la relación paterno – filial y otras más obligaciones a su favor.

Al mismo tiempo, se refuerza lo contenido en el párrafo anterior con lo referido en el Código de Niños y Adolescentes del Perú de 2000 que refiere “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos” (Artículo 6°).

De este modo, Fernández (2009) afirma: “El Derecho a la Identidad supone “el reconocer a cada persona, en cuanto a ser único y no intercambiable, su propia identidad” (p.112); entonces se entiende que todas las personas gozan de características específicas que las diferencian unas de otras. De ahí que, se ha estudiado mucho sobre el tema, concluyendo que el Derecho a la Identidad tiene dos facetas, una estática y otra dinámica, la primera se define por patrones que no varían en el tiempo, como el nombre, sexo, nacionalidad y otros, mientras que la segunda es variable, como la edad, vínculos familiares y otros.

Al respecto, el Tribunal Constitucional manifestó el 11 de julio de 2012:

la identidad a que refiere el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentra la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (Exp. N° 2223-2005-PHC/TC). (Exp. 04509-2011-PA/TC-Lima, fundamento 9)

En la misma línea, corresponde tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del Derecho a la Identidad y los Derechos de los Niños, que a la letra señala:

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. (*Caso Fornán e Hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012)

Entonces, apreciamos que el derecho a la identidad tiene un rol importante en la vida de todo ser humano; puesto que, aparte de identificarlo por su nombre también permite reconocerlo por lo que es, es decir, por su edad, por su comportamiento, por su línea de pensamiento, por sus relaciones familiares, por sus amistades, entre otros que lo caracterizan e individualizan.

De manera que, es importante procurar la efectividad del derecho a la identidad en los Niños, Niñas y Adolescentes, ello para garantizar su bienestar integral y desarrollo pleno en su vida diaria. En este sentido, debe tenerse en cuenta:

la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contienen múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos que también constituyan delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos elementos caracteriza y perfilan el ser uno mismo, diferente de los demás. (Exp. N° 1388-2010 - Arequipa)

Por las razones antes expuestas, corresponde considerar la opinión del Niño, Niña y Adolescente en procesos de Tenencia, pero sin vulnerar y/o afectar el derecho a la identidad, específicamente en su dimensión dinámica;

puesto que, se destaca la relación con el derecho a vivir en un ambiente sano – que se ve reflejado al desarrollarse en el seno de una familia, donde se potencian distintas habilidades para asegurar una exitosa inserción en la sociedad; sin embargo, de producirse alguna alteración en este grupo, evidentemente se ocasiona inestabilidad para el desenvolvimiento de los menores.

El derecho a la identidad es trascendental en la vida de los seres humanos, especialmente de los Niños, Niñas y Adolescentes, quienes por su especial condición se encuentran bajo el cuidado de sus padres (generalmente) o de otras personas, que procuran garantizar los derechos que les corresponden; y, más aún coadyuvar a que los menores sean reconocidos y/o identificados por su nombre y por lo que representan,

Por tanto, se reconoce la importancia de este derecho en el caso de los menores, en tanto, confluyen distintos factores, situación que obliga a poner énfasis en los Niños, Niñas y Adolescentes para lograr estabilidad personal en el ambiente que se desarrolla y no por el contrario, que evidentemente sería perjudicial.

### **2.2.1 Alcances generales**

Que, como se ha sostenido en el apartado anterior – podríamos precisar que el derecho a la identidad es la facultad que poseemos todos los seres humanos, en este caso los Niños, Niñas y Adolescentes para que sean reconocidos por quienes son (nombre) y cómo son (características); por lo que, para ello se tomará en cuenta distintos aspectos que lo identificarán satisfactoriamente en la

sociedad. En este sentido, conviene tener en cuenta lo dispuesto en la Constitución Política del Perú de 1993, que prescribe: “Toda persona tiene derecho a su identidad” (Artículo 2°, inciso 1).

De manera que, es importante este derecho en la vida de todas las personas, específicamente de los Niños, Niñas y Adolescentes quienes deben ser registrados inmediatamente después su nacimiento, asignándoles un nombre y nacionalidad, logrando así el reconocimiento por parte de nuestro Estado Peruano respecto de la existencia del Niño, Niña y Adolescente, para que a partir de este momento se procure la preservación del vínculo paterno - filial con sus padres biológicos, toda vez que este aspecto es trascendental para que conozca sus orígenes y se identifique con ellos.

Entonces, el solo hecho de la inscripción en el Registro Civil de los Niños, Niñas y Adolescentes les otorga la capacidad jurídica para ser titular de algunos derechos y obligaciones, así también se les concede protección por parte de sus padres (principalmente) y también del Estado. De manera que, el Derecho a la Identidad da lugar y/o se relaciona con el derecho a la integridad y libre desarrollo, derecho a la libertad de opinión, derecho a la intimidad, todos prescritos en el Artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.

En este sentido, conviene precisar que el tratamiento del derecho a la identidad es reciente, pues se considera que ha sido creado a partir de la jurisprudencia italiana. Siendo así, Fernández como se citó en Delgado (2016) afirma: “a partir de las sentencias de los jueces

italianos que se puso en evidencia que el derecho a la identidad debía ser objeto de reconocimiento y tutela jurídica con independencia de otros derechos fundamentales,” (pp.17-18); por lo que, es en la sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974 en la que por primera vez se destaca el derecho a la identidad dinámica.

De ahí que, Fernández como se citó en Delgado (2016) refiere que en la sentencia en mención se precisaba: “identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho donde la “verdad personal” constituye la nota conceptual determinante del derecho a la identidad” (p.18); por tanto, se advierte que inicialmente el Derecho a la Identidad era visto únicamente en su dimensión estática y, es a partir de la sentencia en mención que se observa la dimensión dinámica, caracterizándose por las particularidades de cada persona.

De donde resulta que, el derecho a la identidad es trascendental en la vida de todo ser humano; por lo que, se ha recogido en distintos instrumentos jurídicos esta facultad, como en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, en los artículos 6°, 7° y 8° que destaca el derecho a la identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes. De igual manera, la Constitución Política del Perú de 1993 lo contempla en el artículo 2° - como derecho fundamental y, el Código de Niños y Adolescentes Peruano del 2000 lo recoge en el artículo 6°, además precisa la obligación de preservarlo.

De manera que, el derecho a la identidad se encuentra relacionado con el hecho de que cada persona es un ser único, así se observa que este derecho tiene dos dimensiones, una estática y otra dinámica, la primera se caracteriza por datos como el nombre, nacionalidad, etc., y la segunda, por el proyecto de vida, costumbres, valores, etc. apreciándose la identidad como un proceso evolutivo, que se desarrolla a partir del nacimiento de los seres humanos. Así que, lo realmente importante y objeto de protección es el Derecho a la Identidad en su dimensión dinámica, que se va construyendo en el tiempo.

De ahí que, el derecho a la identidad en su dimensión dinámica se va fortaleciendo en el tiempo, es variable pues depende de las vivencias de cada ser humano, en este caso de los Niños, Niñas y Adolescentes que inicialmente conviven con papá y mamá, quienes se encargan de proveer de las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral; por lo que, independientemente de favorecerlos y/o reconocerles su identidad estática (compuesta por el nombre, nacionalidad, sexo, entre otros) también aportan en la formación de su identidad dinámica; puesto que, son parte de su día a día.

Entonces, atendiendo los párrafos precedentes, reiteramos que el derecho a la identidad:

se encuentra relacionado con el hecho de que cada persona es un ser único e irrepetible, si bien es similar a sus congéneres en dignidad y derechos, a la vez se presenta como un ser único y exclusivo dentro de la especie” (Bazán como se citó en Albinos Silva, 2015, p. 44).

Por tanto, nos referimos a las características propias que lo identifican en la sociedad, además que se van construyendo en el tiempo, lo que permite individualizarlo por características específicas, tales como, valores, comportamientos, actitudes, otros.

Por otro lado, debe considerarse que la dimensión estática del derecho a la identidad puede concebirse de la siguiente manera:

La identidad, que llama dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico – cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. (Alberca, 2017, p.38).

En este sentido, conviene tener en cuenta que gran parte de la doctrina señala que el derecho a la identidad se manifiesta en dos etapas, una interna y otra externa, la primera hace referencia a un proceso de autoconstrucción, mientras que la segunda remite a procesos de heteroconstrucción, partiendo de este punto es importante destacar el amor propio, en cada Niño, Niña y Adolescente para luego reconocer la interacción del mismo con su familia (con la que generalmente interactúa), además de destacar el rol que desempeña cada integrante del grupo familiar.

De ahí que, conviene detenernos para precisar que el derecho a la identidad en su dimensión dinámica trasciende a la estática, como se citó Fernández en Delgado (2016): “La identidad personal que se proyecta socialmente es dinámica, se enriquece constantemente, se

eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia tiene una connotación (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida” (p.15); por lo que, al estudiar la dimensión en mención podemos verla reflejada en el proyecto de vida, que es elaborada por cada ser humano atendiendo sus necesidades y potencialidades.

Ahora bien, como se ha expuesto en los párrafos precedentes, se tiene que el derecho a la identidad como tal, no solo involucra el hecho de contar con un nombre para diferenciar a una persona de otra, sino que, abarca algo más trascendente, que se ve reflejado en el proyecto de vida de los Niños, Niñas y Adolescentes, quienes son guiados (generalmente) por sus padres para delimitar sus deseos, las ganas de hacer algo, incluso el ser o sentir – que evidentemente conllevaran a concretar actitudes, comportamientos, valores y otros, que permitirán su identificación en la sociedad.

De manera que, es importante el rol que desempeñan los adultos en la vida de sus hijos; puesto que, coadyuvan a la formación de la identidad dinámica de los Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto (inicialmente) se crean, fortalecen y/o destruyen vínculos afectivos – emocionales, toda vez que desde la infancia se generan apegos con algunos miembros de su grupo familiar, especialmente con sus padres que proporcionan soporte para el adecuado desarrollo e inserción de los menores en la sociedad, asegurando el éxito a partir de las experiencias que los Niños, Niñas y Adolescentes viven en su familia.

Entonces, reconociendo la trascendencia de la familia para el desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes, conviene detenernos y preguntarnos, ¿Afectan los problemas de pareja a los hijos?, ¿Cómo puede afectarlos?, ¿Es posible manejar estos conflictos?, ¿Se puede generar un menor impacto en los hijos?; por lo que, evidentemente los problemas de los padres afectan considerablemente a los hijos; puesto que, los menores perciben situaciones inapropiadas de las que probablemente aprenderán (para más adelante) hacer frente a sus problemas, además de que directamente incidirán en su comportamiento – inseguridad.

En este sentido, y dando respuesta a las interrogantes formuladas en el párrafo anterior, se advierte que lo realmente importante es mantener unida a la familia; sin embargo, cuando es insostenible la convivencia entre los integrantes del grupo familiar, evidentemente se deben adoptar algunas medidas que salvaguarden las relaciones establecidas, especialmente entre padres e hijos; puesto que, aunque suene obvio “ellos serán sus padres para toda la vida”; por lo que, pese a cualquier circunstancias que afronte la pareja – se debe priorizar, mantener e incluso fortalecer las relaciones paterno – filiales.

De manera que, los problemas de papá y mamá generaran (indiscutiblemente) efectos en los hijos, toda vez que los Niños, Niñas y Adolescentes se involucran en estos trances, asumiéndolos de forma personal – lo que ocasiona un “conflicto de lealtades”, que se ve materializado en la preferencia y/o protección por alguno de sus padres y el rechazo al otro, que ocasiona consecuencias totalmente

desfavorables en los menores; puesto que, podrían presentar síntomas como aislamiento, inseguridad, rebeldía, agresividad, ansiedad, irritabilidad, baja autoestima, problemas escolares e incluso episodios de depresión.

Por tanto, no podemos desconocer que los hijos son los principales perjudicados del quebrantamiento de los vínculos afectivos – emocionales entre sus padres, afectando directamente el Derecho a la Identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes en su dimensión estática, pudiendo manifestarse del siguiente modo, la no identificación de los menores con su grupo familiar, el rechazo hacia alguno o ambos progenitores (por el descuido de sus obligaciones parentales), no cumplimiento de reglas establecidas en su grupo familiar, entre otros; que lo identifican en un grupo y lo insertan satisfactoriamente en la sociedad.

De ahí que, independientemente de la condición de los padres (juntos o separados) es importante que contribuyan en la formación del derecho a la identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes, toda vez:

22. La identidad no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Quedo claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun

cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas (STC 2273-2005-Lima, fundamento 22 y 23).

En este sentido, observamos una vez más que el derecho a la identidad no se sustenta únicamente en el nombre asignado a los Niños, Niñas y Adolescentes, sino que se compone de otros elementos, trascendentales también, tales como, comportamientos, creencias, costumbres, modelos y otros que se van adoptando en el transcurso de la vida de cada ser humano, lo que permite distinguirlo socialmente por “quién es” (nombre) y “cómo es” (características propias). Por lo que, es importante la intervención del grupo familiar, más aún de los padres para la formación y/o fortalecimiento del derecho a la identidad de sus hijos.

De ahí que, reconocemos que los problemas de los padres no deben trascender en la vida de los hijos, ello para no perjudicarlos en el desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes, más aún su derecho a la identidad en su dimensión dinámica.

En definitiva, es importante salvaguardar este derecho que les asiste a todos los niños, niñas y adolescentes, para ello es fundamental la contribución de los padres; por lo que, es conveniente que se mantenga una buena relación con los hijos (independientemente a la

situación que afronte la pareja) haciéndolos partícipes de diversos acontecimientos, tales como, actividades académicas, momentos recreativos, fechas festivas y otros que coadyuvaran a un óptimo desarrollo de los menores, además que aportaran a la efectividad y/o eficacia de los derechos que le corresponden, como el que se encuentra en mención.

Es así que, cabe reconocer la importancia del derecho a la identidad en su dimensión dinámica de los Niños, Niñas y Adolescentes; puesto que, esta se fortalece y/o viene construyendo a partir de las vivencias del menor en su entorno, es decir, en su grupo familiar (compuesto por padres e hijos - nuclear), destacando la obligación de los progenitores para contribuir al enriquecimiento personal de sus hijos, de lo contrario se los expondría injustificadamente a que sus derechos sean vulnerados, más aún si los Niños, Niñas y Adolescentes no tienen, por decirlo así “las armas” para hacerle frente.

Por todo esto, los adultos (especialmente los padres) están obligados a proteger a los Niños, Niñas y Adolescentes, más aún a fortalecer su identidad; por lo que, deberíamos detenernos a responder las siguientes interrogantes, ¿Cómo deben garantizar los padres el derecho a la identidad de sus hijos en su dimensión dinámica? ¿Qué acciones deben tomarse para fortalecer el derecho a la identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes? ¿Los Niños, Niñas y Adolescentes son los trofeos de los adultos (padres)? Así, corresponde proteger a los menores para que sus derechos se vean perfectamente tutelados y no expuestos.

### **2.2.2 Derecho a la identidad como Derecho Fundamental**

Con respecto a este apartado, debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales son atributos inherentes a todo ser humano, ello independiente de cualquier condición, como origen, raza, sexo, religión u otro; por lo que, la identidad es un derecho fundamental de toda persona, toda vez que lo visibiliza socialmente desde el momento de su nacimiento (reconociéndolo como sujeto de derecho), así en la Constitución Política del Perú de 1993, se prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Artículo 1).

De ahí que, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se establece que: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (Artículo 7); por tanto, destacamos que desde la inscripción de los Niños, Niñas y Adolescentes estos adquieren la condición de sujetos de derechos, titulares de derechos y obligaciones, tales como, el conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (en la medida de lo posible).

De manera que, el derecho a la identidad no se reduce únicamente al nombre, sino que además incluye la integración satisfactoria de los Niños, Niñas y Adolescentes en su familia para luego hacerlo en la sociedad, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por lo que, siguiendo la línea de investigación corresponde advertir que uno de

los derechos fundamentales afectados al tomar en cuenta la opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en procesos de Tenencia, es el derecho a la identidad.

En este sentido, conviene mencionar que existen diversos instrumentos ratificados por Perú en cuanto al derecho a la identidad, tales como:

- a) **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**, que prescribe: “2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad” (Artículo 24° inciso 2 y 3).
- b) **Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José)**, que señala: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.” (Artículo 18).
- c) **Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**, que contempla: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (...)” (Artículo 7° inciso 1).
- d) **Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**, que prescribe: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (Artículo 8° inciso 1).

De donde se infiere que, básicamente se formaliza el derecho a la identidad con la inscripción de los niños después de su nacimiento. Sin embargo, se desconoce la dimensión dinámica (que resultaría ser más importante) que implica principalmente la interacción y/o relaciones que se establecen dentro del grupo familiar, que orientan el desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes.

De ahí que, el derecho a la identidad es un inherente a cada persona; por lo que, conviene tener en cuenta que:

En efecto: hablar de identidad es hablar de la conciencia que tenemos de nosotros mismos, y es conveniente advertir que esa conciencia de uno mismo no es algo irrelevante para el ser humano: el hombre necesita saber quién es él, para serlo de manera plena, Esto es así en todos los órdenes de la vida. (Gonzales como se citó en Moscol – Borrero, 2016, p. 30)

Al mismo tiempo, corresponde considerar lo siguiente:

El derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es. Por eso entendemos que el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal (...) Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales. (Siverino como se citó en Moscol – Borrero, 2016, p. 30 -31)

En este sentido, destacamos la importancia del derecho a la identidad como Derecho Fundamental, partiendo de la identidad biológica de todo ser humano, que supone que se debe asignar a los Niños un nombre, así también a reconocerles una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, conforme se precisa en el Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Es trascendente este derecho porque a partir de este se efectivizan todos los atributos que le corresponden a los Niños; puesto que, los visibiliza socialmente.

Así también, debemos poner énfasis en que es un derecho personalísimo, en tanto reconoce que cada persona es un ser único e irreplicable, con características propias que lo diferencian de los demás, particularidades que se evidencian en el proyecto de vida

desarrollada por cada ser humano; por lo que, este derecho se compone de su dimensión estática y dinámica.

De modo que, es preciso mencionar:

El derecho a la identidad es un derecho esencial, es “el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad. Que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son entre otros, la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, etcétera”. (Apfelbaum como se citó en Rodríguez, 2011, p. 63)

Como se viene mencionando, la identidad es propia de cada persona y permite que esta se desenvuelva en la sociedad conforme a su plan de vida, para que así cumpla con las proyecciones que pueda tener en todos los ámbitos de su vida, sea a nivel social, externo o interno. Consideramos que este derecho es fundamental para el ser humano, teniendo relación directa con la dignidad, libre desarrollo de la personalidad y demás aspectos que deben desarrollarse de forma adecuada en cada ser humano desde su niñez.

De igual manera, debe tenerse en cuenta:

La identidad como constructo social tiene una faceta dinámica, debido a que se va desarrollando de manera paulatina (en circunstancias y dimensiones de tiempo y espacio). Niños y niñas van formando su personalidad, construyéndose como lo que realmente son, como “ellos mismos”. Esto a través del nombre, características físicas, sentimientos, ideas, creencias, proyectos, habilidades que le permiten desarrollarse y proyectarse en su especificidad o en su mismidad. (Rodríguez, 2011, p. 63)

Evidentemente la identidad como derecho es dinámica, pues va cambiando conforme el niño o niña va asumiendo diversas características, influyendo la cultura, el ambiente que lo rodea, sus sentimientos, ideales y demás que conforme su ámbito personal y social.

Así también, corresponde precisar:

La “identidad” del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de quehaceres en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello diseña, configura la personalidad. La identidad del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia. (Fernández, pp. 5-6)

Entonces, reconocemos que el derecho en mención es fundamental; por lo que, no debemos restringir la protección únicamente a la dimensión estática, sino que corresponde comprender también la dimensión dinámica; puesto que, a partir de la inscripción del nacimiento de los Niños (formalmente) se inicia su vida como sujeto de derechos; por tanto, se le atribuye un nombre para ser diferenciado, además que elabora un propio proyecto de vida de manera progresiva, que puede sostenerse o cambiar en el tiempo, toda vez que tendrá como referencia creencias, costumbres, sentimientos, etc.

Es por esto que, para tutelar la identidad de los niños, niñas y adolescente conviene combinar la dimensión estática y dinámica; considerando las relaciones que se puede establecer – grupo familiar.

Ahora bien, corresponde adentrarnos en nuestro marco normativo nacional, que en cuanto al Derecho a la Identidad prescribe:

**a) Constitución Política del Perú de 1993**, que refiere: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Artículo 1°).

En la misma línea prescribe, “Toda persona tiene derecho a (...) su identidad” (Artículo 2° inciso 1).

**b) Código Civil de 1984**, señala: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos” (Artículo 19°).

**c) Código de Niños y Adolescentes del 2000**, que contempla:

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. (Artículo 6°).

Así que, indiscutiblemente el Derecho a la Identidad es atribuido a cada persona por el solo hecho de serlo, concediéndole así la titularidad de derechos y obligaciones que garantizan un desarrollo pleno y una vida digna. Entonces, enfocándonos en la normativa nacional e internacional advertimos el interés por regular correctamente el derecho en mención; puesto que, de no hacerlo se cometerían muchas arbitrariedades, toda vez que se desconocería de su existencia.

Del mismo modo, se observa que este derecho se vincula estrechamente con en el Derecho a Vivir en Familia, que desarrollaré más adelante.

Corresponde traer a colación el siguiente fundamento:

4. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres o creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral (Exp. 05829-2009-PA/TC, fundamento cuarto).

Entonces, corresponde manifestar que el derecho a la identidad propicia armonía en la personalidad del ser humano, en tanto no es basta con contar con un nombre y nacionalidad (dimensión estática), sino que es necesario se conjuguen otros elementos que se van desarrollando de manera cotidiana (dimensión dinámica), y que permiten diferenciar a una persona de otra, haciéndola única e irrepetible en la sociedad. Por tanto, para garantizar la efectividad de este derecho, conviene tutelar la dimensión estática, así como la dimensión dinámica.

Siendo así, lo realmente importante es que los Niños, Niñas y Adolescentes se reconozcan por quienes son y como son, en tanto ambas condiciones permitirán su inserción satisfactoria en la sociedad.

Entonces, se tiene que: “el Niño tiene derecho a conocer la primera etapa de su vida, o a conocer sus orígenes, pero no su identidad, porque si no, lo dejo sin presente y sin futuro” (Medici Horcas como se citó en Giannasi, 2009, p.96). No debe confundirse la idea de los orígenes, sean biológicos o culturales, a obligarlo o asignarle una determinada identidad, debido a que esta es única y depende de los factores únicos de cada caso, como el tipo de hogar, sus padres, sus costumbres y demás que irá adquiriendo con el transcurrir de los años.

De otro lado, se afirma que

La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. La persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es “ser libertad”. La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación.

El proyecto personal requiere para su realización, necesariamente, de los “otros”. Los “otros” pueden plegarse a su libre decisión y coadyuvar a su concreción, u oponer resistencia que la frustren total o parcialmente

, impidiendo o limitando su realización. Por eso el hombre, para ser “él mismo”, requiere de los “otros”, debe contar con ellos, así como con las cosas que están en el mundo circundante. (Fernández, p. 5)

La identidad es parte del desarrollo de la libertad que ostentamos todos los seres humanos por la condición de tal. Por ello, es posible que cada uno asuma determinado proyecto de vida que estará basado en todos los aprendizajes de su vida y demás aspectos relevantes que influyan en sus decisiones, siendo estos peculiares en cada persona.

La identidad no sólo se restringe al derecho a un nombre y a conocer sus orígenes, sino que cumple un rol vital en el desarrollo del ser

humano, pues permite que asuma determinadas decisiones sobre su vida que lo llevarán a realizar su plan de vida, de acuerdo a las expectativas de cada uno. Por ello, es importante respetar la identidad de las personas, no sólo en aspectos formales como el derecho al nombre, sino también en cualquiera de sus facetas, para que así pueda desarrollarse libremente el ser humano en la sociedad.

### **2.2.3 Obligación de los Padres para la Protección del Derecho a la identidad**

Al respecto, se debe tener en cuenta que los seres humanos somos sociales por naturaleza; por ende, en cualquier contexto buscamos tener proximidad y/o acercamiento con algunas personas de nuestro entorno, que en los primeros años de nuestra vida se vincula directamente con nuestros padres, quienes proporcionan cuidados básicos para nuestro desarrollo, pudiendo aumentar o reducir el cariño por una figura determinada (papá o mamá).

De esta forma, por las relaciones sociales que desarrollamos con las otras personas, es que generamos vínculos, e incluso apegos, debiendo entender al primero como un lazo afectivo que perdura en el tiempo (grupo determinado) y, el segundo es más intenso (proximidad) hacia el objeto, en este caso, los padres.

En este sentido, advertimos que los Niños, Niñas y Adolescentes de modo primario se relacionan con sus progenitores lo cual es realmente importante, pues en el mejor de los casos son quienes brindan protección y cuidado para satisfacer necesidades

básicas de los menores para sentirse plenos en cuanto a los derechos que le asisten y, más aún integrarse en su grupo familiar que en todos los casos debe ser el más óptimo.

Por tanto, al estrecharse vínculos de esta magnitud de los niños con sus padres, se establece que el círculo se limita y gira en ese sentido, siendo así debe tenerse en cuenta que, si bien las razones que sustentan esta tesis son jurídicas, no debe dejar de considerarse otros aspectos, como la psicología, toda vez que los protagonistas de esta investigación son los menores en situaciones difíciles.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo precisado en los párrafos precedentes y haciendo una revisión histórica de este tema, podemos apreciar que en época antigua los padres concebían que los hijos eran de su propiedad y, por ende, ejercían los derechos de los menores en beneficio propio; no obstante, ahora la situación es distinta, pues ahora toda la legislación (nacional e internacional) obliga que los padres asuman responsabilidades en beneficio de sus hijos.

Así, se aprecia que el centro de protección en este aspecto son los hijos, independientemente de la situación en que se encuentren los padres, pues aun cuando se encuentren separados tienen que cumplir sus obligaciones para con los menores, coadyuvando a que el menor se desarrolle de manera óptima, poniendo énfasis en su identidad, que no se traduce en

un nombre y nacionalidad, sino que va más allá y concibe otros aspectos (más importantes).

Entonces, se reconoce que los deberes que asumen los progenitores son importantes para orientar la vida del Niño, Niña y Adolescente, pues es a partir de las experiencias que comparten con los menores que se va forjando su identidad dinámica (aspecto subjetivo), que va cambiando dependiendo el contexto vivido, que, en el mejor de los casos, suma a su personalidad y, en otros, va disminuyendo por situaciones conflictivas entre los padres (separación).

Siendo así, se advierte que los padres tienen un rol activo en la vida de sus hijos; por tanto, existe un doble aspecto, el primero alude al derecho del niño a recibir lo necesario para desarrollarse y, el segundo a la igualdad de los padres para cumplir sus deberes (D'ANTONIO como se citó en Plácido, 2015, p.287), lo que se traduce en responsabilidad y/u obligaciones parentales que deben asumir los progenitores para satisfacer los requerimientos de sus hijos.

En esta línea, debemos considerar lo prescrito en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que señala: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño” (Artículo 18), evidenciándose que los padres

tienen responsabilidad con sus hijos para proteger derechos y satisfacer sus necesidades.

De modo tal y dado lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede afirmar que el derecho a la identidad del niño, niña y adolescente se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política del Perú, así como se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; por lo que, advertimos la constante preocupación de nuestro Estado para atender de modo prioritario este derecho, considerando su importancia en nuestro medio.

Al mismo tiempo, se tiene que los padres se encuentran obligados a proteger y garantizar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, ello por la proximidad que tienen con los menores y, de todas maneras, son quienes van contribuyendo al desarrollo de estos, tutelando efectivamente sus derechos y construyendo su identidad a partir de diferentes momentos compartidos, la idea es que sostenga la relación entre padres e hijos.

Finalmente, recordemos que lo verdaderamente importante es el Niño, Niña y Adolescente y aquello que le resulte más favorable, siendo protegido inicialmente por sus padres, interviniendo de manera conjunta el Estado para controlar que efectivamente se esté procurando su bienestar integral, caso

contrario se debe adoptar medidas para fortalecer el Derecho a la Identidad del menor que es importantísimo.

### **2.3 PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Con respecto a este tema, debemos partir considerando que la tenencia es un atributo de la Patria Potestad, en tanto supone la obligación de los padres para cuidar de sus hijos, procurándoles la alimentación, educación, vivienda, recreación, entre otros. De modo que, el ejercicio de la patria potestad les corresponde a ambos padres en igualdad de condiciones; no obstante, si los progenitores se encuentran separados entonces se decidirá quién ejercerá la tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes, atendiendo algunas condiciones y privilegiando en todo momento su Interés Superior.

Siendo así, se reconoce que la patria potestad es una de las instituciones más importantes dentro del Derecho de Familia, ello porque contempla literalmente la obligación que tienen los padres para con sus hijos, poniendo énfasis en el cuidado y atención que debe brindarse a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su bienestar integral, siendo trascendente que ambos padres contribuyan no solo económicamente, sino también afectivamente y emocionalmente, pues mediante su ejemplo permitirán que los menores se inserten y desarrollen satisfactoriamente en la sociedad.

Ahora bien, conviene detenernos en este punto con el objeto de analizar la situación de los Niños, Niñas y Adolescentes frente a la separación de sus padres, pues alguno de ellos se encargará directamente del cuidado y

atención de sus hijos, mientras que el otro se limitará a ejercer su derecho de visitas.

En este sentido, es preciso mencionar lo prescrito en el Código de Niños y Adolescentes del Perú del 2000, que literalmente señala: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado (...)” (Artículo 81°); por lo que, evidenciamos que principalmente son los padres quienes deciden al que ejercerá el cuidado de los hijos, de no estar conformes, es el Magistrado quien lo hará.

Tradicionalmente se ha observado que la tenencia respecto de los hijos la ejercía uno solo de los padres; sin embargo, se ha introducido en nuestro marco normativo nacional la Ley N° 29269 que modifica los Artículos 81° y 84° del Código de Niños y Adolescentes del Perú, y que incorpora la llamada tenencia compartida.

De ahí que, frente a este nuevo contexto algunos especialistas recomiendan que se otorgue la tenencia compartida, con el objeto de que los hijos se relacionen directamente con cada uno de sus padres, lo que facilitará su bienestar integral. Sin embargo, conviene reconocer que de ser ejercida de forma ineficiente podría causar graves perjuicios en el desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes, vulnerando incluso su interés superior que debe ser privilegiado en todo momento, y en cualquier medida que concierna ser aplicada.

Siendo así y, atendiendo los nuevos desafíos que deben enfrentar las familias, se advierte que el derecho de familia debe reestructurarse para garantizar mejores condiciones para los niños, niñas y adolescentes (ello por su condición de vulnerabilidad), quienes tienen garantías como el derecho a ser oído, así como a manifestar libremente su opinión y, eventualmente ser tomada en cuenta, premisas que se orientan a satisfacer proteger integralmente al menor.

De esta manera, es necesario ser consciente de que, en cualquier proceso judicial iniciado a raíz de este tema, siempre se deberá privilegiar los intereses de los niños, niñas y adolescentes pues corresponde tutelar efectivamente sus derechos, procurando en todo momento que el menor permanezca con sus padres, (salvo excepciones previstas en la ley), dado que son los únicos que pueden coadyuvar para garantizar su bienestar.

### **2.3.1 Tenencia**

Se debe tener en cuenta lo sostenido por Claudia Canales, quien refiere:

La patria potestad es una institución trascendental del Derecho de Familia y Derecho de los Niños y Adolescentes. Los padres son los primeros llamados a cuidar y brindar tutela a una persona cuando esta, por su minoría de edad, no puede valerse por sí misma. Tradicionalmente la institución era vista pensando en los padres y en el derecho de ellos de ejercer su potestad, su poder y autoridad con los hijos para encaminar su vida (Canales, 2014, p. 5).

En este sentido, corresponde traer a colación lo manifestado por Rabadán, que sostiene:

La tenencia supone aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y

para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el Niño, Niña y Adolescente; por ello, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos y este será encargado de tomar las decisiones inmediatas y no trascendentales de la vida diaria del niño, referentes a la disciplina, actividades escolares, vista a los amigos, etc. (Aguilar como se citó en Fernández, 2013, p.78).

En la misma línea, tenemos que el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997 se pronunció de la siguiente manera:

se entiende por tenencia a aquella facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (arts. 81 y siguientes de nuestro Código de Niños y Adolescentes). Así, el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica (Pleno Jurisdiccional como se citó en Canales, 2014, p.31).

De este modo, advertimos que, podemos conceptualizar la tenencia atendiendo los siguientes presupuestos, (i) la facultad que tienen los padres separados de determinar con quién se ha de quedar el hijo; (ii) si no existe acuerdo entre ambos padres, la tenencia la determina el juez considerando lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer; (iii) el hijo convivirá con uno de sus padres y, el otro tendrá derecho a visitarlo, siempre que cumpla con la obligación alimentaria.

Entonces, se debe tener en claro que la tenencia es un atributo de la Patria Potestad y, esta a su vez es la más importante institución del derecho de familia, así la Constitución Política del Perú de 1993 señala: “es deber y derecho de los padres (...) dar seguridad a sus

hijos” (Artículo 6). Al mismo tiempo, nuestro Código Civil del 1984 refiere: “los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores” (Artículo 418).

Siendo así, advertimos que lo regular es que uno de los padres ejerza la tenencia; sin embargo, y, dados los últimos cambios, se tiene que también podría otorgarse una tenencia compartida, ello en mérito a la Ley N° 29269 del 04 de octubre de 2008 que modifica el artículo 81 y 84 del Código de Niños y Adolescentes del 2000, poniendo énfasis en que ahora puede otorgarse la tenencia compartida, siempre que se salvaguarde el derecho de los menores.

Por tanto, observamos que lo realmente importante es tutelar de manera efectiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además que con la modificatoria en mención se concede a ambos padres (aun cuando se encuentren separados) el convivir temporal y alternativamente con sus hijos y procurar las mejores condiciones para garantizar su desarrollo integral (protección directa).

Por esta razón y, por los fundamentos expuestos en los párrafos precedentes se advierte que la institución jurídica de la tenencia produce efectos trascendentes en la vida de los menores, toda vez que el comportamiento y/o actitudes de alguno de sus progenitores puede marcar considerablemente la personalidad del Niño, Niña y Adolescente permitiendo y/u obstaculizando el desarrollo normal en la sociedad.

De ahí que, en opinión de Varsi Rospigliosi se tiene que:

se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existen los derechos de ambas partes – menores y familiares – de relacionarse, de estar en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento, así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración. Pero no solo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes (Varsi como se citó en Canales, 2014, pp.37-38).

Ahora bien, la tenencia tiene por finalidad que el menor se encuentre bajo el cuidado y protección (de hecho) de uno de sus padres o de ambos, situación que en el mejor de los casos debe ser determinada de común acuerdo y en su defecto por el juez de la causa, resaltando que quien la ejerza debe brindar las atenciones necesarias para el desarrollo del menor, caso contrario, debe resarcirse la situación para tutelar efectivamente sus derechos y no exponerlo.

De esta manera, debemos traer a colación el siguiente fundamento:

Que, las resoluciones de tenencia pueden modificarse por el mismo Juzgado, atendiendo su función tuitiva por circunstancias debidamente comprobadas; que estas resoluciones no podrán ser modificadas hasta después de transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del niño y adolescente, según lo dispone el artículo noventa y cuatro del Código de Niños y Adolescentes citado; lo que implica, que en materia de tenencia de menores no existe cosa juzgada, dada la naturaleza tuitiva que subyace de ella (Cas N° 776-2000-Chincha, considerando 4).

En conclusión, entendemos que la tenencia reviste significativa importancia en el Derecho de Familia, pues se reconoce una atención preferente a los niños, niñas y adolescentes quienes

requieren mayor protección cuando sus padres se encuentran separados y, además no deben bajo ninguna circunstancia (salvo las exceptuadas por ley) perder contacto con ellos, garantizando en todo momento su interés superior, ello indiferentemente de propósitos egoístas de los progenitores (considerar al menor como un trofeo y, quien gane el juicio tiene un objeto que puede usar de la forma que le parezca, exponiéndolo).

### **2.3.1.1 Criterios para fijar la Tenencia**

Según lo dispuesto en la Ley N° 29269 de fecha del 04 de octubre de 2008, prescribe

se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña y adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés del niño, niña o adolescente (Artículo 1).

Además, señala:

el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y, c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña y adolescente debe señalarse un régimen de visitas. (...) el juez priorizará (...) a quien mejor garantice (...) a mantener contacto con el otro progenitor” (Artículo 2).

En la misma línea, podemos advertir que para resolver el tema de la tenencia se opta en primer lugar por el acuerdo amistoso que pudiese generarse entre los padres, a falta de ello el juez decide teniendo en cuenta los criterios expuestos en el párrafo precedente, dando preferencia y/o priorizando el no

perder contacto con quien no ejerza directamente la tenencia, procurando en todo momento reforzar el vínculo paterno – filial.

Ahora bien, la tenencia compartida (recientemente modificada en nuestro Código de Niños y Adolescentes) debe ser entendida como aquella que convivencia que ejercen ambos padres con el Niño, Niña y Adolescente, evidenciándose al distribuirse igual tiempo entre papá y mamá para cuidar del menor, podríamos decir que le corresponde igual de responsabilidad a los padres (50%).

Al respecto, personalmente considero que su aplicación en nuestro país generaría gran controversia, ello porque no siempre las personas, en este caso los padres, ponen fin de manera amistosa a una relación, sino todo lo contrario, además que no es prudente y menos adecuado introducir tamaños cambios en la vida del menor, toda vez que uno de ellos puede tener mejores condiciones (económicamente hablando) a diferencia del otro, que puede verse limitado.

Siendo así, considero que para determinar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se debe tener especial cuidado, debiendo poner énfasis a lo manifestado por el profesor Benjamín Llanos, que refiere:

En el tema de la tenencia e incluso, la compartida, no debe pasar desapercibido para la autoridad que conoce el caso, lo que se ha venido en denominar el síndrome de alienación parental, lo que supone, que el padre o

madre, que vive un tiempo con el niño, trata de indisponer a éste con el otro padre o madre (Aguilar Llanos, p.6).

En consecuencia, la tenencia no debe ser vista solo desde la óptica de los padres, sino que debe priorizarse todas las condiciones relativas a los derechos de los menores a vivir en un ambiente sano y cerca de sus padres; por tanto, en todo momento debe privilegiarse su interés superior y, de ninguna manera, exponerlo a que sus derechos se vean vulnerados, pues sería totalmente contrario a la finalidad tuitiva en materia de Derecho de Familia.

Entonces hablamos de la tenencia como un derecho que les corresponde a padres e hijos y, para establecerlo se establecen tres criterios, i) acuerdo entre padres: conciliación (vía judicial o por cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos); ii) hijo menor de tres años debe permanecer con la madre: atención especializada; iii) régimen de visitas: como consecuencia por no haber obtenido la tenencia, siempre que cumpla la obligación alimentaria.

De la misma manera, destaco la importancia de lo expuesto en líneas arriba; no obstante, debemos considerar lo indicado por Marisol Fernández quien refiere:

Los criterios para determinar la Tenencia, son los siguientes:

- **Años tiernos o de preferencia materna:** Toda madre está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, y que el niño en sus primeros años de vida, necesita más de ella que de su padre, dado que

la primera posee mayor capacidad de cuidado que el segundo.

- **Co – Custodia:** Se trata de que ambos padres asuman responsabilidad, en igualdad de derechos y obligaciones (corresponsabilidad), pudiendo intervenir y adoptar las mejores decisiones para el desarrollo de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- **Preferencia por el dador de cuidados básicos:** Supone la idea principal de qué padre, hasta el momento, ha adaptado su vida a las necesidades del hijo o hija (prácticas mientras estuvo vigente la relación para determinar y satisfacer en un futuro el interés superior del niño).
- **Regla de aproximación:** Propuesta introducida por Elizabeth Scott, tiene que ver con la mayor predictibilidad al introducir la presunción de que la custodia es asignada a los padres en proporción a la cuota que cada uno llevó a cabo antes del divorcio (Fernández, 2013, pp. 83-88).

En conclusión, se tiene que la tenencia se otorga en función del interés superior del niño, garantizando que en todo momento sus derechos sean tutelados de manera efectiva y, de darse una situación contraria, se puede solicitar su modificación, más aún si el menor se encuentra expuesto (lo legal es seis meses de emitida la sentencia, salvo se encuentre en peligro su integridad).

### **2.3.2 Análisis del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe se tome en cuenta la Opinión del Niño para determinar la Tenencia**

Un derecho importantísimo contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño es el referido al derecho del niño a expresar libremente su opinión, prescribiéndolo en el artículo 12:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que

afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

En este sentido, adentrándonos en nuestro marco normativo nacional tenemos que en el artículo 9° del Código de Niños y Adolescentes del 2000 se señala:

El niño y adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Así también, se establece, “tomando en cuenta el parecer del niño, niña y adolescente” (Artículo 81). Al mismo tiempo consagra, “El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente” (Artículo 85), siendo así, advertimos el menor tiene un rol activo, en cuanto es posible valorar su opinión para solucionar problemas en los que se encuentre inmerso.

De este modo, es evidente que, el Niño, Niña y Adolescente es un menor de edad; y, por ende, carece de plena autonomía; sin embargo, se le otorga la condición del sujeto de derecho; y, por tanto, tiene derechos y obligaciones, siendo uno de ellos el expresarse libremente en todos los asuntos que lo afecten.

Atendiendo a los párrafos precedente, se observa que escuchar al Niño, Niña y Adolescente es una fórmula bastante atractiva, pero debe tenerse cuidado al momento de interpretarla, pues es obligación del Magistrado constatar que esté libre de vicios, es decir, que su manifestación no se encuentre influenciada por otras personas, como en el caso del Síndrome de Alienación Parental que, en lugar de proteger al menor, lo expone a que sus derechos sean vulnerados.

Ahora bien, me parece razonable que no se considere la opinión de los niños, niñas y adolescentes porque no es posible y menos coherente hacer partícipes a los hijos de los problemas de los padres, pues es bastante complicado mantener una buena relación con ambos, lo que ocasiona que el menor presente actitudes negativas y totalmente desfavorables hacia un progenitor (sin justificación alguna) por la influencia de la que viene siendo víctima.

En este contexto; y, sin lugar a duda, es necesario el aporte del equipo multidisciplinario, ello porque se debe determinar si en efecto la opinión del Niño, Niña y Adolescente es libre y espontánea, más aún si responde a su edad y madurez (aparte de la edad cronológica), pues de advertirse barreras como el Síndrome de Alienación Parental se deben adoptar medidas radicales para tutelar los intereses de los menores (idoneidad para ejercer la tenencia).

La incidencia de la influencia de uno de los padres en el Niño, Niña y Adolescente genera que el escucharlo no sirva para el efecto que se desea, porque de ninguna manera se responderá a su interés superior, sino al contexto que está viviendo (intimidación) y, definitivamente es totalmente negativo para su desarrollo integral, lo que conlleva a que sus derechos sean afectados por su condición de vulnerabilidad y dependencia.

Debe considerarse las observaciones planteadas por el Comité de los Derechos del Niño, desarrollado en Ginebra el 25 de mayo de 2009, donde se adoptó la Observación N° 12, que expresa:

34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuada para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y las salas de espera separadas.

De ahí que, a efectos de escuchar a los niños, niñas y adolescentes involucrados en un proceso de tenencia, es importante implementar los espacios de forma adecuada, para brindarles seguridad y confianza, lo que permitirá que los menores se expresen de forma sincera y objetiva, eliminando de cierto modo factores que puedan contaminar y/o alterar su declaración.

Es importante también destacar que en la Observación N° 12 se establecen algunos criterios, resaltando:

45. el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta.

Queda claro que el propósito es bastante bueno; sin embargo, la aplicación no es tan sencilla como pudiese parecer, pues para cumplir cabalmente con la diligencia, es necesario propiciar un ambiente idóneo en el que el Niño, Niña y Adolescente se sienta cómodo y no intimidado para que realmente pueda manifestar una opinión libre que responda a sus intereses y necesidades (teniendo la convicción de que, en efecto, se ha generado un juicio propio).

Entonces, es conveniente destacar que, en el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997, se fijaron criterios para tomar en cuenta la opinión del Niño y Adolescente, señalando lineamientos:

tales como: la edad (requisito legal); el grado de madurez (requisito legal); el entorno psicosocial; el tiempo de permanencia con los padres; la libertad e influencia de los padres y de quienes conforman su entorno; razonamiento y valores (consistencia de valores); grado de instrucción; estado de salud física y mental; medio familiar; estado emocional al momento de la entrevista; carácter espontáneo o programado de la declaración.

Como se advierte, existen parámetros que orientan y justifican el escuchar la opinión del Niño, Niña y Adolescente (en procesos judiciales donde se encuentren inmersos) y, en su oportunidad valorarlos, tomando en cuenta la particularidad de cada situación, de ser necesario, recurrir a otros profesionales para determinar el grado de madurez, así como el nivel de influencia que puedan ejercer sus padres y/u otras personas.

Por consiguiente, es trascendente que se realice un trabajo conjunto y transparente, en el que no se obedezca a lo que el menor desea, sino que, en todo momento se satisfaga su interés superior, en este punto radica el decidir en favor del Niño, Niña y Adolescente para garantizar que sus derechos sean tutelados de manera efectiva y no expuestos por sus propios padres, quienes son los primeros llamados a cuidar de sus hijos.

Así que, debemos reconocer que el conceder derechos a los niños, niñas y adolescentes ha sido un proceso lento y progresivo, pues antiguamente se imponía autoridad sobre los menores en situación de dificultad, siendo el Juez quien por la literalidad de ley decidía en procesos de familia, considerándose que eran objetos y no sujetos de protección, situación totalmente distinta a la que vivimos actualmente, en la que se reconoce la titularidad de derechos.

Como resultado de la Convención sobre los Derechos de Niños de 1989, los derechos de los niños y adolescentes son

considerados como una categoría de derechos humanos, reconociéndose el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (Artículo 12, inciso 1).

De ahí que, se trata de un derecho fundamental y trascendente para los niños, niñas y adolescentes; no obstante, los tiempos han cambiado y desde las prescripciones normativas de aquel tiempo para ahora las condiciones son diferentes, ello porque se ha visto en muchas oportunidades que poco o nada les interesa el bienestar de los hijos a sus padres, viéndolos como un trofeo y, ejerciendo incidencia en su personalidad (dañándolos).

#### **2.4 INCIDENCIA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**

En un primer momento debemos resaltar que nuestro actual contexto social ha venido sorprendiéndonos, ello porque la realidad ha superado lo que podríamos imaginar en cuanto a la convivencia que sostenemos diariamente, advirtiéndolo en muchos casos que entre los propios integrantes de las familias se han producido los más escandalosos y horribles actos de violencia, afectando principalmente a los niños, niñas y adolescentes.

De este modo, se advierte que el grupo familiar se ha venido deteriorando en los últimos tiempos; no obstante, no se debe olvidar y menos dejar de reconocer la gran importancia que ejerce este entorno en el desarrollo integral de las personas; por lo que, en todo momento debe procurarse

preservarse este vínculo, puesto que, de producirse algún acontecimiento brusco (separación o divorcio entre los padres) generaría consecuencias desfavorables para los hijos.

En este sentido e independientemente de las situaciones que pudiesen producirse entre los progenitores, nunca se debe perjudicar los vínculos generados entre padres e hijos, pues son estos inquebrantables y, de ninguna forma pueden verse afectados; sin embargo, se ha visto que algunos menores han preferido mantener contacto con uno de sus progenitores y rechazar al otro sin razón justificada, a lo que se denomina Síndrome de Alienación Parental.

Así que, corresponde traer a colación lo manifestado por Richard que refiere, el Síndrome de Alienación Parental es un trastorno que se caracteriza por síntomas perfectamente definidos y que resultan del proceso en el cual uno de los progenitores manipula la conciencia de sus hijos, haciendo uso de distintas estrategias, con la intención de impedir o destruir sus vínculos con el otro progenitor (Howard, 2012, p.135).

Entonces, podemos apreciar que este tema es muy importante y mucho más frecuente de lo que nos pudiese parecer; sin embargo, comúnmente existe polémica al respecto, más aún si hasta ahora no se ha logrado definir a que disciplina pertenece, pero lo que no se pone en discusión es su relevancia en el ámbito jurídico, especialmente cuando se tiene que definir cuestiones en los que se encuentren inmersos los niños, niñas y adolescentes.

## 2.4.2 Definición

Si bien existen razones jurídicas (desarrollados en capítulos anteriores) que fundamentan la posición planteada de modo originario, esto es, no tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en procesos de tenencia, también encontramos sustento de la propuesta formulada en otras disciplinas, que en conjunto procuran (en todo momento) garantizar el bienestar íntegro de la persona, en este caso los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, se debe partir reconociendo que uno de los problemas familiares más latentes en nuestro país y, particularmente en nuestra ciudad, se enfoca en el quebrantamiento del vínculo matrimonial (con un alto nivel conflictivo), donde generalmente existen hijos, quienes personalmente asumen el contexto que vienen atravesando sus padres, lo que ocasiona múltiples trastornos en la personalidad de los niños, niñas y adolescentes.

De ahí que, debe tenerse en cuenta la siguiente afirmación:

En el caso de una separación/ divorcio se puede utilizar la violencia psicológica o alienación parental para evadir el pago de una pensión alimenticia, por ejemplo, si el padre o madre logra obtener la guarda y custodia de los hijos/as ya no tendrá que mantener a su “enemigo/a” y para ello, por desgracia, se toma como “aliados” a la prole; o tan solo para crear una influencia negativa en los hijos con respecto a los padres, creando un sentimiento de rechazo contra el otro progenitor, normalmente no conviviente. (Gonzales, 2011, pp. 17-18)

Entonces, debe considerarse que el punto de partida se encuentra relacionado con la separación y/o divorcio de la pareja, involucrando las situaciones que a continuación se describen:

La separación o divorcio, (...), supone un “antes”, “durante” y un “después” en la relación de los miembros que componen a la familia, lo que implica la necesidad de analizar esa interacción en beneficio de la parte más vulnerable, por lo general los niños, niñas y adolescentes, y en donde es denotativo la situación de complejidad para todos los operadores que intervienen en la protección integral de los menores y en donde todo ello se traduce en la búsqueda de ayuda para mantener una relación familiar sana, independiente de la ruptura. (Gonzales, 2011, p. 18)

De este modo, se advierte que independientemente de la ruptura que afronta la pareja, éstos tienen obligaciones ineludibles para con sus hijos, toda vez que deben garantizar y procurar el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, incluso al afrontar el proceso de Tenencia, que tiene por objetivo asegurar la guarda y custodia de sus hijos, propiciando condiciones personales y materiales óptimas para el desarrollo de los menores.

Siendo así, corresponde detenernos en este punto, porque es aquí donde surge el mayor problema, debido a que ambos padres intentan hacer uso de sus mejores armas para lograr sean beneficiados (por así decirlo) con la custodia de sus hijos, sin medir la magnitud de los instrumentos utilizados, como sería el intentar convencerlo de ideas distintas a la situación que viene atravesando, lo que ocasiona que de ser un sujeto pase a ser un objeto manipulable.

Llegados a este punto, conviene precisar que el Síndrome de Alienación Parental fue estudiado inicialmente por Richard Gardner en el año 1985, quien sostuvo que se trataba de un trastorno que se presentaba en las disputas por la custodia de los niños, propuesta que no se aleja de nuestra realidad, pues actualmente este tema ha trascendido - para

ahora aplicarlo en el ámbito jurídico y, en un sector tan vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes.

Siendo así, se contextualiza el Síndrome de Alienación Parental (SAP) como aquel:

trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo (Gardner como se citó en Escudero, A; Aguilar, L. & De La Cruz, J, 2008).

Al mismo tiempo, se sostiene:

El SAP constituye un cuerpo indivisible comprendido entre su formulación teórica como “síndrome médico puro” y su aplicación final como “terapia de la amenaza”; amenaza que se basa en el cambio inmediato de la custodia y la posibilidad de aumentar las restricciones de contacto con el progenitor – habitualmente la madre – y el/la hijo/a diagnosticados a desarrollar una SAP (Escudero et al., 2008).

A su vez, se precisa:

una perturbación psiquiátrica que aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agria. Hay tres tipos de síndrome de alienación parental, el diagnóstico diferencial de los cuales es crucial para tratar adecuadamente el trastorno. Los tres tipos de síndromes a los que se refiere son: ligero, moderado y severo, con manifestaciones sintomáticas de diferentes intensidades (Gardner como se citó en Gonzales, 2011).

Siendo así, no podemos ser indiferentes al escenario descrito, más aun si lo realmente importante es tutelar y/o proteger en todo momento el interés de los hijos y no de los padres, pues las decisiones que sean tomadas lo afectará directamente al menor, quien en todo momento debe ser libre en cuanto a formarse una propia opinión y, no responder a

cuestiones que le son ajenas, ya que podría manifestarse el Síndrome de Alienación Parental.

El Síndrome de Alienación Parental indiscutiblemente es un trastorno que en muchas oportunidades pasa desapercibido; no obstante, los efectos que produce en los niños, niñas y adolescentes son catastróficos, en tanto, no es posible admitir que un menor sienta odio injustificado por alguno de sus padres, más aún si toda la familia viene enfrentando un proceso no frecuente, como lo es la tenencia.

De manera que, si nos enfocamos en consecuencias a corto plazo, se puede advertir inestabilidad en el niño, niña y adolescente, lo que no permitiría su desarrollo íntegro, pues es una amenaza generar odio y, más no permitir y/o restringir el contacto con alguno de sus padres, sin justificación aparente.

Simultáneamente y, atendiendo los párrafos precedentes, se tiene que el Síndrome de Alienación Parental se presenta de forma reiterada en nuestra vida y, por ende, constituye un problema social grave, que lamentablemente afrontan los hijos por las rupturas amorosas entre sus padres, pudiendo identificar al Niño, Niña y Adolescente como la víctima de este contexto, pues debe convivir en un ambiente no óptimo para su desarrollo integral.

Dado este marco, corresponde traer a colación lo consignado por Aguilar Cuenca, que expresa:

motivación está en dar a conocer el cada vez mayor número de procesos en los que un progenitor, habitualmente el que detenta la guarda y custodia, predispone mediante distintas estrategias a sus hijos contra el otro progenitor, de tal suerte que lo inicialmente eran

sus expresiones, opiniones y relatos de hechos son asumidos por los hijos, haciéndolos propios, de modo que llega a considerarlos como su elaboración, hasta tener un rechazo total a tener contacto con el otro progenitor víctima y, por extensión, a todo lo que representa o está relacionado con él, incluyendo familia extensa – abuelos, tíos, primos, etcétera (Aguilar como se citó en Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México, 2011, p. 21).

De donde resulta que, visto desde todos los ángulos el Niño, Niña y Adolescente siempre será tomado como víctima de la situación, pues tal como lo decía el maestro Aguilar, este suele ser usado como instrumento para proteger a alguno de sus padres, quien se hace pasar como herido, con el propósito de descalificar al otro, haciendo que el menor actúe de manera totalmente inadecuada e irracional, poniendo en peligro incluso su propia seguridad.

Es probable que, el Síndrome de Alienación Parental a la fecha no haya sido estudiado como se debe, pues muy poca importancia se le ha dado a un tema tan trascendente como este y, de no implementar políticas públicas adecuadas podría generar consecuencias totalmente desfavorables en el desarrollo de los menores por su condición de vulnerabilidad y dependencia, además de marcar la ineficacia de un sistema de justicia que debería priorizar estos temas.

En definitiva, es un problema que merece atención inmediata y, por ello, conviene sostener:

todos aquellos profesionales de la justicia en el ámbito de (...) familia (...) – conocer la posibilidad de su presencia en los menores con los que se relacionan, en tanto este proceso no es más que el cultivo del odio más patológico – el de un hijo hacia su progenitor – que vendrá a afectar enormemente el desarrollo y la salud psicológica y física del menor implicado (Aguilar como se citó en Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México, 2011, p. 22).

En concreto y, de no ser precavidos con este tema se podrían generar consecuencias que difícilmente podrían ser resarcidas, más aún si hablamos de un sector tan vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes quienes por su misma condición necesitan del apoyo de sus padres para satisfacer necesidades básicas, así como la tutela efectiva de sus derecho; por tanto, conviene resaltar: “Los efectos de un error diagnóstico en cualquiera de estos casos conllevaría a un grave perjuicio para el menor (Pereda & Arch. como se citó en Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México, 2011, p. 23).

En síntesis, no podemos pasar desapercibido el Síndrome de Alienación Parental, pues hablamos de que los protagonistas de este trastorno son los niños, niñas y adolescentes quienes no son el futuro de la sociedad, sino el presente de la misma; por lo que, estamos obligados a contribuir a un óptimo desarrollo personal, social y físico del menor, sin exponerlo a perjuicios que podemos evitar desde el grupo familiar.

Finalmente, es conveniente detectar a tiempo la presencia del Síndrome de Alienación Parental, pues como es obvio cualquier decisión que se tome a favor de los niños, niñas y adolescentes tendrá efectos directos en la vida de los menores, lo que considerablemente podría ocasionar una disposición de tenencia, variación, suspensión o pérdida de patria potestad para garantizar mejores condiciones en el desarrollo de los menores.

### 2.4.3 Prácticas alienadoras familiares

Como lo había sostenido antes, el Síndrome de Alienación Parental es una amenaza oculta, que afecta y/o vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes; por tanto, es conveniente que se haga un trabajo conjunto para advertir a tiempo su aparición, más aún cuando se encuentren en trámite los procesos de tenencia, pues se debe reconocer que el menor no es un trofeo, sino que debe cuidarlo quien ostente mejores condiciones para su bienestar.

Ahora bien, atendiendo lo indicado por Richard Gardner existen ocho (8) tipo de síntomas y/o indicadores que evidencian la presencia del Síndrome de Alienación Parental en los niños, niñas y adolescentes, destacando:

- a. Campaña de denigración: (...) se manifiesta verbalmente y en los actos. El menor contribuye activamente. Suele ser la primera manifestación. El menor está obsesionado en odiar a uno de sus progenitores.
- b. Justificaciones débiles: El menor da pretextos débiles, poco creíbles o absurdos para justificar su actitud. Argumentos irracionales y ridículos para no querer ir con el progenitor rechazado.
- c. Ausencia de ambivalencia: (...) y sin equivoco: es el odio. Su sentimiento es inflexible, incuestionable.
- d. Sostén deliberado: El menor toma de manera pensada la defensa del progenitor aceptado en el conflicto. Apoya reflexivamente al progenitor con cuya causa está aliado, incluso cuando se le ofrece evidencia de que éste miente.
- e. Ausencia de culpabilidad: El menor expresa desprecio y no siente ninguna culpabilidad por el odio que siente y la explotación del progenitor rechazado.
- f. Escenarios prestados: El menor relata hechos que no ha vivido, sino que ha escuchado contar (...).
- g. Generalización a la familia extendida: El hijo extiende su animosidad a la familia entera y a los amigos del progenitor rechazado, o a quienes se asocian con él, aunque previamente esas personas supusieran para él una fuente de gratificaciones (Gardner como se citó en Ramírez, 2016, p. 34).

De ahí que, el Síndrome de Alienación Parental se presenta cuando los padres inician un proceso de divorcio y/o en paralelo uno de tenencia, donde uno de los progenitores pretende descalificar al otro, sin percatarse que vienen utilizando al niño, niña y adolescente como un instrumento para satisfacer sus intereses egoístas, sin preocuparse por el bienestar de su hijo.

De donde resulta adecuado traer a colación lo manifestado por Asunción Tejedor, quien identifica al padre alienador al evidenciar los siguientes comportamientos:

- a. Rehusar pasar las llamadas telefónicas a los hijos.
- b. Organizar varias actividades con los hijos durante el período que el otro progenitor debe normalmente ejercer su derecho de visita.
- c. Desvalorizar e insultar al otro progenitor delante de los hijos.
- d. Rehusar informar al otro progenitor de las actividades en las cuales están implicados los hijos.
- e. Impedir al otro progenitor el ejercer su derecho de visita.
- f. “Olvidarse” de avisar al otro progenitor de citas importantes relacionadas con sus hijos.
- g. Implicar a su entorno familiar en el “lavado de cerebro” de los hijos.
- h. Tomar decisiones importantes a propósito de los hijos sin consultar al otro progenitor.
- i. Contar a los hijos que la ropa o regalos que el otro progenitor les ha comprado, son feos, corrientes prohibirles usarlos o recibirlos.
- j. Amenazar con castigar a los hijos si se atreven a llamar, escribir o contactar con el otro progenitor.
- k. Reprochar al otro progenitor el mal comportamiento de los hijos, cuando retornan de las visitas atribuyéndoles una mala crianza (...) (Tejedor como se citó en Ramírez, 2016, pp. 35-36).

Así que, se advierte una constante negatividad por parte de uno de los progenitores, pues es inconcebible que se pretenda incomunicar y/o más aún distorsionar los vínculos filiales que se deben ocasionar en todo momento con los hijos, pues es derecho de los menores tener contacto con ambos padres, ello a efectos de garantizar se desarrollen en un

ambiente sano y adecuado que debe propiciarse para un asegurar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Como resultado de lo expuesto en el párrafo precedente y, a efectos de reforzar el fundamento de que el Niño, Niña y Adolescente no debe perder el contacto con sus progenitores (salvo excepciones previstas por ley), debe consignarse lo estipulado por Asunción Tejedor, quien refiere: “un hijo alienado es aquel que se ve afectado con la actitud del padre alienador al alejarlo del padre alienado, con quien tiene derecho a mantener una relación paterno – filial, de la cual se está viendo privado” (Tejedor como se citó en Ramírez, 2016, p. 36).

En la misma línea, precisa que se podría identificar que el Niño, Niña y Adolescente se encuentra alienado cuando presenta los siguientes indicios:

Baja autoestima, inestabilidad emocional, rendimiento escolar bajo, retraimiento, sentimientos de odio y rechazo hacia el padre alienado por influencia del padre alienador, defensa acérrima del padre alienador sin justificación, ansiedad, inseguridad, tendencia a mentir respecto al trato que recibe por parte del padre alienado y sentimiento de desapego con el padre alienado (Tejedor como se citó en Ramírez, 2016, p. 36).

De manera que, evidentemente el Síndrome de Alienación Parental es generado como consecuencia de los reiterados enfrentamientos entre los padres por la tenencia de los hijos, situación que provoca un daño grave físico, psicológico y mental en los niños, niñas y adolescentes, pues es inconsecuente y hasta incongruente, procurar que el menor quiebre los vínculos afectivos con alguno de sus padres, que generalmente será con el que no conviva.

Es por esto que, si podríamos cuadrar esta práctica bastaría con resumirlo en un “lavado de cerebro”, ello atendiendo y sumándome a estudiosos del tema, pues la idea de este trastorno sería en formar una alianza con uno de sus padres (alienante) y rechazar al otro (alienado), sin justificación aparente y basándose en posiciones vagas, sin tan siquiera sentir culpa o remordimiento por sus conductas grotescas que no son propias de su edad.

Siendo así, al referirnos a los efectos que podrían generarse en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes podemos advertir que serían totalmente desfavorables, toda vez que partimos del brusco desapego con uno de los padres (por el rechazo generado), además que esa situación podría extenderse a quienes integran el círculo del progenitor rechazado, contexto que es bastante preocupante y requiere atención inmediata para sostener la identidad del niño

En este sentido, corresponde poner atención a los fallos expedidos en nuestro sistema de justicia nacional, pues si bien literalmente no se ha explicado mucho respecto del Síndrome de Alienación Parental este se encuentra inmerso en temas inherentes y/o concernientes a los niños, niñas y adolescentes, quienes son los protagonistas en litigios de tenencia y/u otros análogos, ello precisamente por la naturaleza de los derechos que se deben tutelar primordialmente.

Por tanto, se debe tener en cuenta los siguientes extractos:

El síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna incide negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Por lo cual, sus declaraciones en el sentido de que prefieren vivir con el padre, deben ser tomadas con reserva,

siendo necesario se restablezcan los vínculos paterno filiales (Cas. N° 2067-2010-Lima).

De los informes psicológicos se verifica que el menor en un principio se identificaba con ambos padres, pero luego de que la madre obtuvo provisionalmente la tenencia, se advirtió una reacción y conducta distinta con el padre, por la influencia negativa que habría ejercido la madre, denominada alienación parental, creándose una imagen distorsionada del padre, lo que desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre (Cas. N° 5138-2010-Lima).

Ante las actitudes por parte de menor que reflejan un adiestramiento previsto por parte del padre en contra de la madre, se constituye el síndrome de alienación parental, lo que lleva a otorgar la tenencia a la madre, más aún si del informe psicológico practicado al padre se indica que es emocionalmente inestable, colérico e inmaduro para asumir la responsabilidad de sus hijos, haciendo que lo asuma la madrastra del menor (Cas. N° 370-2013).

Finalmente y, atendiendo toda la exposición detallada en este apartado, tenemos que el Síndrome de Alienación Parental no es un trastorno fantasma y en la realidad se presenta, pues son los niños, niñas y adolescentes quienes asumen conductas no propias de su edad y raciocinio, sino que reflejan un adiestramiento y/o predisposición por uno de sus padres (particularmente con quien convive) lo que conlleva a efectos totalmente desfavorables en el desarrollo del menor.

#### **2.4.4 Ruptura del vínculo afectivo – emocional entre el Niño, Niña y Adolescente alienado y el padre que no ejerce la tenencia**

Inicialmente, debemos considerar que el Síndrome de Alienación Parental es un problema latente en nuestra sociedad, que se manifiesta en el desarrollo cotidiano de los niños, niñas y adolescentes ante determinados contextos, como la separación y/o divorcio de sus padres,

momento en el que se involucra a los hijos a efectos de generar rechazo hacia alguno de sus progenitores, materializando un castigo o rechazo para el culpable (aparentemente).

En este sentido, se advierte que el punto es la “utilización de los hijos” por parte de uno de los padres, con el objeto de bloquear una buena relación afectivo – emocional entre el Niño, Niña y Adolescente alienado y el padre que no ejerce la tenencia, sin observar que lo interesante sería reestructurar el grupo familiar y salvaguardar el bienestar de los menores, orientándolos hacia una relación familiar sana, distribuyendo perfectamente derechos y obligaciones.

De este modo, evidentemente no somos ajenos a las consecuencias naturales que puede ocasionar una separación y/o divorcio de una pareja, sino que frente a esta situación debe evitarse las alianzas con alguno de los hijos para rechazar al otro; puesto que, orillamos a un sufrimiento injustificado en los menores, quienes se predisponen a elegir a uno de sus padres, poniéndolos en peligro – al ser utilizados como herramientas para determinados fines (intereses propios).

Siendo así, realmente la separación y/o divorcio es una solución inmediata a los problemas de la pareja; sin embargo, poco importa que los hijos sean partícipes de situaciones conflictivas (previas), que en muchas oportunidades los lleva a concluir que fueron los culpables de tal situación.

Entonces, es importante que los padres que deciden separarse y/o divorciarse afronten un proceso sano, en el que involucren a los niños,

niñas y adolescentes para solucionar sus temores acerca del momento y de lo que se viene para la familia, limpiando de toda culpa de los menores y convenciéndolos de que es la mejor decisión para todos (familia), asegurando que ellos nunca dejaran de ser sus padres y velaran en todo momento por su cuidado.

De ahí que, es innegable el fuerte contexto que deben afrontar los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres atraviesan la separación y/o divorcio; dado que, asumirán un largo proceso de tenencia para verificar quien ostentará su cuidado, y además asegurar que se preserve el vínculo afectivo – emocional (con quien no ostente la tenencia) mediante las visitas, salidas, llamadas y otros, para cumplir con las obligaciones que le corresponde.

Ahora bien, no es posible negar la posibilidad de una tenencia compartida, que evidentemente podría impedir la aparición del Síndrome de Alienación Parental, o en su defecto, acentuarlo, toda vez que podría evitarse la exclusividad en uno solo de los progenitores, contribuyendo a que ambos presten un buen cuidado a sus hijos, sin malas intenciones – únicamente con el fin de protegerlo y garantizar su bienestar integral.

Por otro lado, adentrándonos en el Síndrome de Alienación Parental advertimos que su aparición es perjudicial para los niños, niñas y adolescentes – toda vez que evita o quebranta los vínculos afectivos – emocionales con el padre que no ejerce la tenencia (una vez decidido el caso); por lo que, nos encontramos en una situación que requiere mucha atención, en tanto ocasionaría efectos totalmente negativos y/o destructivos en el desarrollo del menor.

En esta línea, se considera que los efectos suponen un obstáculo para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, conforme se describe a continuación:

los preescolares tienden a manifestar conductas regresivas; insomnio, crisis de violencia, angustia, pérdida de control de esfínteres, regresión en los hábitos de limpieza, estancamiento en las adquisiciones cognitivas, temores fóbicos y sentimientos de culpabilidad. Los escolares muestran su ira intensa contra uno o ambos padres y pueden desarrollar cuadros depresivos, lo que produce una disminución del rendimiento académico y el deterioro de las relaciones con sus compañeros.

Los adolescentes son quienes más sufren, a corto plazo, inseguridad, soledad, y depresión, que pueden manifestarse en fracaso escolar, conducta delictiva, consumo de drogas y vagancia. Los adolescentes (...) mantienen vivos los recuerdos vivos a muchos años del divorcio de sus padres, lo que les hace expresar angustia respecto a sus relaciones amorosas y a un posible fracaso matrimonial. (Soto, 2011, p.164)

De ahí que, debe tenerse en cuenta que el quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el padre que no ejerce la tenencia y el niño, niña y adolescente, como podría ser el impedimento de visitas y salidas (si así se hubiese ordenado), evadir llamadas telefónicas, interrumpir fechas especiales (cumpleaños y otras reuniones) – con el propósito de evitar contacto con el padre rechazado, y reforzar la alianza con la alienante.

En este sentido, se considera que el rompimiento de vínculos del padre con sus hijos es progresivo y notorio, atendiendo las siguientes condiciones:

cuando las primeras manifestaciones del síndrome ocurren en familia (...) el conflicto resulta todavía manejable y aunque el padre se aleje ofendido por la actitud de su vástago y la malignidad del progenitor alienante, mantiene su afecto por el descendiente porque sabe que ha sido manipulado (Soto, 2011, p. 169)

De este modo, se advierte que dentro de la relación paterno – filial se establecen algunos comportamientos que evidencian alegría, tristeza, frustración y otros, que podrían ser reconocidos, como también la manipulación de la que puede ser víctima el menor y que contribuiría al rechazo de alguno de los padres.

Así también, un proceso caracterizado por las siguientes etapas:

1. El niño denigra al padre alienado con el lenguaje y con un comportamiento severo de oposición: El niño ha aprendido que esto es lo que espera de él por parte del padre que aliena.
2. El niño ofrece razonamientos débiles, absurdos o frívolos por su enojo: Cualquier pretexto sirve como justificación para oponerse al encuentro con el padre rechazado.

#### **2.4.5 Síndrome de Alienación Parental como causal generadora de variación de tenencia del padre alienante**

Habiéndose indicado los principales aspectos relacionados con el Síndrome de Alienación Parental, conviene hacer mención a la variación de la tenencia del padre alienante. Para este acápite es necesario hacer mención a la investigación de Angelina Rodríguez Cruz, quien analizó el síndrome de Alienación Parental como causal de variación de la tenencia en la Corte Superior de Lima Sur.

Siendo así, es necesario mencionar que en la actualidad no existen criterios específicos ni prescritos en la ley que determinen la variación de la tenencia, por lo que esta se encuentra a discreción del magistrado encargado de cada caso en específico. Generalmente, el juez toma en consideración

el tiempo de permanencia con el progenitor que la peticiona, la incapacidad moral y económica del otro progenitor, la vulnerabilidad de los menores, los aspectos biológicos, físicos, psíquicos, intelectual, familiar y social de con quien valla a convivir el menor, entre otros siempre que la decisión sea en pro de garantizar la promoción y preservación de sus derechos y ejercicio pleno y efectivo (Rodríguez Cruz, 2017, p. 46)

A pesar de la evaluación que deba hacer el magistrado, considerando cada una de las situaciones peculiares de cada caso, es necesario priorice el bienestar del niño o niña cuya variación no debe afectar ni su calidad de vida, ni ningún otro aspecto fundamental en su desarrollo. Cabe mencionar que esta consideración de la promoción y preservación de los derechos del niño o niña, no es exclusiva del momento en que se ejecute la sentencia, sino que el respeto a sus derechos fundamentales es permanente, es decir, en el momento en que se evalúa y a futuro.

Ahora bien, sobre la tenencia, esta se encuentra regulada en el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, tal y como se ha mencionado líneas arriba, dejando a

criterio del juez las causales por las que puede variarla, prescribiendo que será de forma progresiva y cuando las circunstancias lo ameriten. Como una de estas circunstancias especiales, se puede presentar los casos donde el niño o niña está siendo manipulado por el padre a su cargo y la familia que lo rodea, por lo que se afirma que:

Una de estas situaciones producto de la crisis familiar, y que debe ser establecido como causal para variar la tenencia es el síndrome de alienación parental que mientras no sea regulado, en muchos casos seguirá formando parte de la rutina diaria y los menores involucrados crecerán con él y lo harán parte de su desarrollo, el mismo que posiblemente repercutirá en la familia que han de formar más adelante (Rodríguez Cruz, 2017, p. 47)

Siendo así, el Síndrome de Alienación Parental debería considerarse dentro de la regulación como una causal expresa que permita la variación de la tenencia para así evitar que los niños sean expuestos constantemente a la hostilidad del padre o madre y la familia que lo rodea, quienes no consideran el daño que les causa al niño. Por lo que el magistrado debe considerar el comportamiento procesal que puedan tener las partes durante el juicio.

De otro lado, en la investigación se llegó a la conclusión que: “el 85% de los especialistas considera que el síndrome de alienación parental es una causal para la variación de la tenencia a efectos de restablecer el vínculo filial destruido por el progenitor alienante” (Rodríguez Cruz,

2017, p. 103) Es necesario que como una de las principales circunstancias a considerar para variar la tenencia sea la presencia del Síndrome de Alienación Parental, pues es necesario que el niño o niña se desarrolle en un ambiente adecuado que le permita ver a sus padres sin ningún tipo de influencia negativa sobre alguno de ellos, ni desacreditaciones innecesarias sobre el progenitor que no ostenta la tenencia.

El vínculo entre padres e hijos debe ser respetado por todos los involucrados, sobretodo por lo importante que es para los niños la presencia de ambos sin ninguna intervención negativa. Cada niño requiere tanto de su padre como de su madre, y la separación de la pareja no debe ser motivo para iniciar una campaña negativa sobre uno de los progenitores, pues el alienante utilizará todo tipo de técnicas y formas para romper este vínculo y subsecuentemente dañará el libre desarrollo de su hijo o hija.

### **CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

El desarrollo de los diversos acápite que se han presentado a lo largo de la investigación, contribuye a determinar si la hipótesis planteada inicialmente es válida o no. El postulado que se sustentará en este capítulo es: Las razones jurídicas para no tomar en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente en procesos de tenencia son: La subjetividad en la opinión del niño, niña y adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental y el inminente quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia.

A continuación, se detallarán algunos aspectos básicos de los expedientes analizados y posteriormente el análisis respectivo de cada uno de los fundamentos planteados en la hipótesis.

#### **3.1 La subjetividad en la opinión del niño, niña y adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental**

Se debe partir considerando que, en efecto existen razones jurídicas que justifican el no tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes, ello precisamente por el trastorno del Síndrome de Alienación Parental, que en todo momento expone a que los derechos de los menores sean vulnerados y no tutelados como corresponde, obstaculizando el desarrollo integral de los menores y quebrantando vínculos eternos, como lo son, los paterno – filiales.

En la doctrina revisada se determinó que la Alienación Parental se produce a partir del momento en que una pareja de padres decide romper el vínculo afectivo que los unía, situación que genera que uno de ellos se encargue de

la tenencia del hijo, y el otro asuma un régimen de visitas, contexto que lo limita, pues en muchas oportunidades el progenitor que tiene bajo su cuidado al menor intenta generar rechazo (insano) hacia el otro padre.

En este sentido, se ha comprobado que es correcto el estudio desarrollado por el psiquiatra Richard Gardner en cuanto a los síntomas a evidenciarse en el Síndrome de Alienación Parental, pues de los expedientes referidos, encontramos frases como: “yo no quiero vivir con él”, así también precisa “que me visite a las diez, diré a las cinco de la tarde, solo sábados”, añadiendo “solo un ratito porque mi mami dijo así” (Exp. N° 2167-2016).

De este modo y, atendiendo lo contenido en el párrafo precedente, se advierte que el menor que vierte su declaración responde con mayor coherencia de la pensada, pues solo cuenta con cinco (05) años de edad y, en la forma como se expresa, se ve que la madre (quien tiene la custodia) es la alienante, debido a que el niño indica que nadie lo cuidará mejor que su madre y, en el caso de que su padre lo visite sería solo unas cuantas horas porque así lo dijo su mamá (alienante).

En este caso, el niño a pesar de su corta edad, ya ha sido influenciado por la madre alienante, quien lo ha manipulado de forma que él rechace estar mucho tiempo con su padre. Y, a pesar de entenderse que la separación de los cónyuges o convivientes es una ruptura dolorosa, es necesario que el niño no se vea involucrado en la discusión y permitir que tenga correctamente la presencia de ambos progenitores.

Entonces, debemos tener claro que de por sí el niño, niña y adolescente viene atravesando una situación familiar complicada, en primer lugar, porque

tiene que enfrentar el quebrantamiento familiar (divorcio y/o separación entre los padres, por el matrimonio o convivencia), y, en segundo lugar, asumir el proceso judicial (refiriéndonos a las diligencias, entrevistas y/u otros) con el objeto de discutir y decidir quién ejercerá la tenencia del menor, evaluando condiciones.

Siendo así, es fácil mostrar que nos encontramos ante la imperiosa necesidad de recurrir a los operadores de justicia, para que responsablemente (aparentemente) se determine si “papá” o “mamá” ejercerá la tenencia del hijo, debiendo garantizar en todo momento las mejores condiciones para su adecuado desarrollo y bienestar, pero ¿es posible protegerlo si lo utilizamos? ¿acaso es obligación del menor protegernos?

Indiscutiblemente, no es posible romper un apego formado a través del tiempo; sin embargo, lo que sí es malo y hasta tóxico, es que uno de los padres intente obtener la custodia del menor quebrando bruscamente los vínculos afectivos generados con alguno de los progenitores, sin percatarse que los expone a serias afectaciones, pues por su propia minoría de edad (vulnerabilidad) su juicio es influenciado, pese al cariño que el Niño, Niña o Adolescente le pueda tener al progenitor, pues el alienante le hará creer en todo es por su bienestar.

Siendo así, y dado los fundamentos esbozados en este trabajo, se comprueba que la separación o divorcio es una situación altamente conflictiva entre los padres, quienes involucran a los hijos (que, de cierto modo, no pueden manejar la situación); por lo que, se ocasiona que los

menores no tengan una opinión libre de influencia, respondiendo únicamente a los intereses del padre alienante, pues es el Niño, Niña y Adolescente quien toma parte en la batalla.

En este contexto, referimos que “toma parte en la batalla” porque sustenta su posición u opinión a favor de uno de sus padres y en contra del otro, ello sin motivo y/o razón aparente, además participa de modo activo en el litigio, definiendo y defendiendo a uno de sus padres como “el mejor” “más bueno”, mientras que al otro como “malo” “el peor”, no queriendo tener contacto con alguno de ellos.

También, en la Casación N° 3767 – 2015 – Cusco sobre tenencia y custodia de menor, se indica que:

no puede hablar de su progenitora delante del demandado y tampoco puede afirmarse en el núcleo familiar donde se encuentra, no puede contrariar a su progenitor, lo que significa que el demandado ejerce control sobre las respuestas y formación del menor, lo que hace que sea inestable emocionalmente, advirtiéndose indicios de una alienación del menor en contra de la demandante.

En este caso, el progenitor fue quien ejerció como parte alienante, la Corte Suprema al evidenciar la situación real del niño en cuestión, dispuso que este vuelva con la madre, quien ejerció la tenencia durante un periodo largo. Sin embargo, se resuelve que ambos progenitores sean sometidos a terapias psicológicas en pro del niño y su bienestar. Siendo así, a pesar de que el niño un largo tiempo de convivencia con su padre, este ya había ejercido alienación parental, sobretodo porque se trataba de un niño de 3 años, quién es altamente susceptible a los comentarios y poder del padre o madre.

La Casación N° 2067 – 2010 – Lima, resuelve el caso de tenencia de dos menores de edad. En esta se hace mención que la Sala

no consideró el síndrome de alienación parental como prueba determinante para resolver los casos de tenencia, sino que en el contexto de valoración de la prueba y atendiendo a que el presente proceso versa sobre un problema humano en el que está involucrados niños, cuya solución no puede dilatarse, deben privilegiarse los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Debido a la demora del certificado psicológico, como posible prueba de una alienación, optaron por omitirlo. Sin embargo, a pesar de haberse tomado esa decisión para no dilatar el proceso, consideramos que en este tipo de casos, como lo son la tenencia o patria potestad, es necesario considerar el informe psicológico que permita evidenciar si existe o no el Síndrome, de lo contrario, se puede resolver el caso pero sin saber si existe algún tipo de manipulación o no, siendo preferible descartar la influencia del progenitor en posesión de los niños, para que así el proceso sea más justo y claro para todos los involucrados.

En la sentencia de vista dentro del proceso de familia, específicamente tenencia, el juez se dio cuenta que existía cierto nivel de alienación, que, aunque fue leve, era inexplicable porque la niña no deseaba ver a su madre, por lo que, al no justificarse debidamente el rechazo, el magistrado consideró que la tenencia deberá ser compartida y no exclusiva del padre, pues se está suscitando la alienación (Exp. 30 – 2015). Este tipo de casos son recurrentes y consideramos que la decisión de la Sala fue la correcta en parte, debido a que le permite a la madre pasar la mayor parte del año escolar con la niña, mientras que los meses de vacaciones vivirá con su padre. Sin embargo, al haberse suscitado la alienación en cierto nivel, resultaría necesario ordenar

una terapia psicológica para ambos padres, para así evitar el rechazo de la niña hacia alguno de ellos, siendo los progenitores quienes tienen la obligación de no influir en la percepción de la niña sobre la que versa el proceso de tenencia.

De otro lado, en el dictamen fiscal del mismo expediente, se hace alusión un poco más a fondo el comportamiento de la niña, quien habría hecho referencia a que las opiniones sobre su madre están llenas de negatividad y atribuyéndole conductas no probadas como la promiscuidad. Esto hace ver la alienación del padre sobre la niña, siendo la alienada la madre.

Por tanto, observamos que la opinión del niño, niña y adolescente nunca estará limpia y menos responderá a una situación real, sino que obedecerá a intereses de los padres, que tienen por objeto contrariarse en sus posiciones y considerar que el menor es un trofeo, contexto que evidentemente no beneficia sino perjudica los intereses del niño, pues se lo expone considerablemente a que sus derechos se vean vulnerados, y por ende, se encuentre aún más vulnerable.

En este orden de ideas, corresponde tener mucho cuidado al momento de escuchar al Niño, Niña y Adolescente, pues existe una subjetividad obvia en el comentario que pueda emitir, ello precisamente por la influencia que puede ejercer uno de sus padres, y que lamentablemente lo podrían perjudicar enormemente, en tanto, no hablamos de satisfacer intereses del menor, sino que respondería al conflicto que se tiene entre ellos.

Por tanto, y dado que son los operadores de justicia quienes deben decidir el tema, se sugiere que no se tome en cuenta la opinión del menor cuando

existe evidencia tanto en sus comentarios, como en el comportamiento procesal de las partes, que existe una influencia negativa de un padre o madre alienante en contra del otro progenitor, pues el menor al estar constantemente expuesto a comentarios negativos sobre el otro progenitor, creará una percepción equivocada y que puede generar error en su opinión. De valorarse en un contexto errado, contribuiría no solo a vulnerar sus derechos, sino a destruir la relación filial del hijo con el progenitor alienado, siendo ambas víctimas de la situación y perjudicando el desarrollo del Niño, Niña y Adolescente en cuestión.

No resulta impertinente sugerir que en los procesos judiciales se realice un trabajo conjunto, en la que el equipo multidisciplinario tenga un rol activo, y dada su especialización, puedan advertir algunas situaciones (no comunes) como el síndrome en los menores que se encuentran alienados, y los cuales se podrían encontrar en inminente peligro por el contexto generado por sus padres, siendo así, se requiere necesariamente la intervención de un psicólogo.

Cabe precisar que el Síndrome de Alienación Parental causa una crisis familiar, más allá del litigio en el que se enfrentan los dos progenitores, que también causa determinadas circunstancias tensas entre ellos, sin embargo el Síndrome en cuestión ocasiona que se tense aún más la relación entre el menor involucrado y el progenitor que no tiene la tenencia, pues está constantemente influenciado por las opiniones hostiles del alienante lo que conlleva a que este se enfrente a su percepción de la realidad y lo que quieren que crea el alienante.

Finalmente, se ha comprobado que existe subjetividad en la opinión del Niño, Niña y Adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental, pues dada la vulnerabilidad del menor es que no puede generarse un juicio propio a causa de la minoría de edad, o a pesar de tener una percepción propia, esta se ve distorsionada por los comentarios hostiles a los que se enfrenta todos los días en su hogar, pudiendo ser influenciado por uno de los progenitores, que tiene por objeto diseñar al otro padre como el peor ser humano.

### **3.2 El inminente quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia.**

No es novedad que la familia tenga un rol trascendental en la sociedad, más aún en la vida de los niños, niñas y adolescentes, pues es el primer ambiente en el que se desarrollan, recibiendo los cuidados y atenciones básicas principalmente por parte de sus padres (refiriéndonos a una familia nuclear) quienes son los principales obligados a proveer de las condiciones necesarias para un adecuado desarrollo.

Siendo así no podemos ser ajenos y menos dejar de reconocer que en nuestro Estado tenemos mucha legislación que protege a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, encontrándose preceptos normativos en la Constitución Política de 1993, Código Civil de 1984, Código de Niños y Adolescentes de 2000, instrumentos que tienden a salvaguardar a la familia por la misma incidencia que ejerce en el ser humano, en este caso, en el menor.

De este modo, se advierte que al ser la familia una institución tan importante no puede alejarse del principio rector en esta materia, como lo es el Principio del Interés Superior del Niño; por lo que, cualquier acción o medida que se tome debe ser atendiendo esta directriz, ello precisamente porque en todo momento se debe garantizar y/o tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de ninguna forma exponerlos, ni por los padres ni por la sociedad misma.

En este sentido, y atendiendo los fundamentos esbozados, reconocemos que en esta investigación no se ha podido dejar de lado a la familia, pues ha sido de vital importancia poner énfasis en los roles que asumen los padres, y como estos se modifican para con los hijos al momento de producirse una separación.

El vínculo afectivo en la relación paterno – filial es de vital importancia pues “el vínculo afectivo como factor de calidad de vida lleva consigo el cumplimiento de las funciones de los padres en el sistema familiar, los modos de convivir, las características de los patrones de interacción recurrentes y el tipo de comunicación” (Pérez Contreras & Támara Arrázola, 2013, p. 21) Este tipo de factores y la relación en sí, influyen drásticamente en el desarrollo del menor, pudiendo llegar a ser determinantes para formas algunos aspectos como la personalidad y la calidad de vida. La ausencia de uno de los progenitores y el deterioro del vínculo merma su adecuado desarrollo, sobretodo cuando no sólo existe el Síndrome de Alienación Parental, sino también está de por medio el litigio, donde son partícipes indirecta o directamente.

Ahora bien, advertimos que efectivamente puede producirse el quebrantamiento del vínculo afectivo emocional entre hijos y padres cuando estos se encuentren separados y/o divorciados, ello porque se da inicio a una campaña de denigración de uno de los progenitores en contra del otro, probablemente quien no tiene al menor bajo su cuidado, lo que dificulta y/o produce el quiebre en las relaciones afectivas del niño con sus padres, situación totalmente desfavorable.

De igual modo, se comprueba que efectivamente por el trastorno del Síndrome de Alienación Parental el menor alienado quiebra bruscamente los vínculos afectivos con el padre que ejerce la tenencia, pues de los expedientes usados como muestra se ha evidenciado que en muchas oportunidades los niños, niñas y adolescentes se encuentran tan intimidados que únicamente se expresan con gestos para afirmar o negar algún supuesto planteado.

En esta línea, tenemos que se acredita la presencia de este trastorno, por la influencia que viene ejerciendo alguno de sus progenitores en sus hijos, lo que sin ir hasta el fondo genera consecuencias desfavorables en el desarrollo psicológico del Niño, Niña y Adolescente, efectos que van a perdurar en el tiempo y no van a permitir un buen desarrollo.

Por tanto, ciertamente el Niño, Niña y Adolescente se encuentra en una situación complicada (por la separación o divorcio de sus padres), pero ello no debe contribuir a que los progenitores se desentiendan de las obligaciones que tienen con sus hijos, sino al contrario, reforzar y replantear como es que se van a cumplir sin perjudicar el desarrollo de los menores,

pues en todo momento debe velarse por su desarrollo teniendo contacto con ambos.

Así, de los expedientes estudiados y que se han tramitado en el Primer Juzgado Especializado de Familia de Cajamarca, se destaca, ¿Para que diga cómo es la relación con su padre? Dijo. Que, se lleva bien con su padre, añadiendo ¿Para que diga cómo es la relación con su madre? Dijo. Que se lleva más o menos, a lo que se repregunta ¿Para que diga por qué se lleva más o menos con su mamá? Dijo. Que, por que su mamá se metió con otra persona (Exp. 725-2018).

Con todo esto, debe identificarse que el problema en concreto es la situación de los padres, no de los hijos, pues no es correcto involucrarlos en estos temas, y más aún generar inestabilidad emocional, pues el mismo contexto de por si es complicado y difícil de asumir, lo que implica que sean los progenitores quienes otorguen el confort para salvar esta situación y seguir tutelando los derechos que ostentan sin tener que exponerlos a que se vean vulnerados.

Entonces, identificamos en este caso que el problema parte por la separación o divorcio de los progenitores que tienen hijos menores de edad, y que inician un proceso para determinar quién de ellos tendrá bajo su cuidado al menor, es allí, en ese momento que inicia un proceso de denigración en contra de uno de los padres, pues ambos no reconocen la importancia y menos la naturaleza jurídica de este proceso, creyendo únicamente que ganaran un trofeo (ese es el objeto).

En consecuencia, y luego de haber desarrollado la presente tesis, se concluye que efectivamente existe un quebrantamiento afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia, pues es lógico que se realice un proceso de lavado de cerebro por parte de quien tiene al niño bajo su cuidado en contra del otro padre, lo que dificulta e impide una buena relación, situación totalmente contraria a la protección jurídica que se le pretende otorgar al menor.

Finalmente, no se trata de tutelar intereses de los padres, sino salvaguardar los derechos de los menores, quienes ante cualquier situación tienen el derecho de permanecer y mantener contacto con sus progenitores, exceptuándose en casos previstos por ley, pero rescatando que no habrá mejor ambiente que junto a ellos, pero si destacando que debe ser propio y sin ninguna alteración e influencia, menos incidencia del síndrome de alienación que ocasiona grandes perjuicios.

A causa de los fundamentos esbozados en la presente investigación se ha comprobado que efectivamente existen razones que justifican el no tomar en cuenta la opinión del Niño, Niña y Adolescente cuando se presente el Síndrome de Alienación Parental, ello precisamente por la subjetividad que podría presentarse en las declaraciones de los menores (al encontrarse afectados por el Síndrome de Alienación Parental), así como el quebrantamiento de vínculos afectivos.

De ahí que, se ha podido identificar en los expedientes estudiados algunos de los síntomas manifestados por Richard Gardner como característicos del Síndrome de Alienación Parental, lo que nos exige estemos más atentos y

no permitamos que nuestro sistema de justicia vulnere los derechos de los menores, toda vez que podríamos ocasionar consecuencias fatales que contribuirían aún más al desmedro de nuestra sociedad, ahora tan mal vista.

Sobre el tema también hace referencia la Casación 5138 – 2010, la cual trata sobre una madre que ejerce la tenencia de forma temporal y que durante ese tiempo sufrió de alienación parental, rechazando a su padre después. Aquí vemos cómo se rompe el vínculo con el padre cuando la tenencia recayó sobre la madre, lo que hace ver el grado de influencia que puede tener el progenitor sobre su hijo o hija, debiendo considerar este segundo elemento de la hipótesis como el que más daño causa, pues si bien se comprueba la alienación parental, el daño causado al niño o niña ya está hecho, y la opinión que tiene sobre su padre o madre ya ha cambiado lo que requiere de otro tipo de intervención psicológica para hacerle ver que ambos progenitores estarán pendientes de su bienestar y que ninguno de los miembros de la familia tienen la culpa de la separación.

Así también tenemos la Casación 370 – 2013 de Ica, donde una vez más vemos la aparición del síndrome de alienación parental, en este caso alegado por el padre, quién además de la pericia psicológica se advierte que es una persona con personalidad colérica y que no asume sus responsabilidades, dejando que se la madrastra del niño quién se encargue de satisfacer sus necesidades. Por otro lado, no se llegó a comprobar que la madre ejerza alienación parental o algún tipo de poder negativo sobre su hijo, teniendo en consideración que es el padre quién influye fuertemente en la opinión del niño. En este caso se ve el rompimiento de la unión familiar con el progenitor que no ejerce la tenencia, viéndose expuesto el niño a

comentarios mal intencionados de su padre hacia su madre, quién desea recuperarlo y brindarles los cuidados necesarios.

A su vez, conviene resaltar que los niños, niñas y adolescentes alienados presentan serios problemas en su comportamiento, lo que generalmente se ve reflejado en estado de rebeldía, frustración, capricho y demás, acciones que tienen por único objeto justificar su rechazo a alguno de sus padres y continuar con la alianza hacia el otro, sin percatarse de que viene siendo usado como un objeto que podría desecharse en cualquier momento.

## CAPÍTULO IV

### PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY N° .....

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 81°, 82° Y 85° DE  
LA LEY N° 27337, CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

#### FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 81°, 82° Y 85° DE LA  
LEY N° 27337, CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

#### **Artículo 1°: Objeto de Ley**

La presente Ley tiene por Objeto modificar el artículo 81° y 85° de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes.

**Artículo 2°: Modifíquese el artículo 81°,82° y 85° de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes.**

(...)

Con el siguiente texto:

**Artículo 81°:** *Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos,*

*tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, salvo cuando se determine que el niño, niña y adolescente se encuentre afectado por el Síndrome de Alienación Parental, entonces no deberá tomarse en cuenta su parecer. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente. (\*\*)*

**Artículo 82°:** *Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.*

*En caso se determine que el niño, niña y adolescente se encuentre afectado por el Síndrome de Alienación Parental y, al encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato y no de manera progresiva. (\*\*)*

**Artículo 85°:** *El Juez especializado deberá resolver la tenencia de los niños, niñas y adolescentes valorando cada uno de los medios probatorios aportados al proceso, tomando especial consideración al informe multidisciplinario, poniendo énfasis al resultado de las evaluaciones psicológicas y cuanto examen amerite. (\*\*)*

### **Artículo 2°: Vigencia de la Ley**

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Lima, agosto del 2022

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

En agosto del 2000, se publicó la Ley N° 27337, que corresponde al Código de los Niños y Adolescentes del Perú, en se reconoce que niños, niñas y adolescentes son sujeto de derechos; por ende, titulares de algunos derechos y obligaciones perfectamente definidos en el cuerpo normativo antes referido y, de ser ejercido de manera correcta se garantizaría el bienestar y protección integral de los menores.

Sin perjuicio de ello, como País firmante hemos adoptado algunos de los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que otorga a los niños, niñas y adolescentes la libertad de participar en los temas en que se vean involucrados, estando facultados a prestar para su declaración (con lo que aparentemente se estaría protegiendo al menor) y, ser tomada en cuenta de acuerdo a su edad y madurez.

De este modo, vemos que el punto de partida será siempre el Niño, Niña y Adolescente y, el objeto será protegerlo y tutelar de modo efectivo los derechos que le corresponde; no obstante; actualmente nos hemos venido sorprendiendo por los últimos hechos suscitados, ello porque la realidad ha superado lo que podríamos imaginar en cuanto a la convivencia que sostenemos con nuestro círculo cercano, advirtiendo fuertes actos de violencia en las propias familias.

En este sentido, es cierto que la familia (como tal) ha venido deteriorándose en los últimos tiempos, pero no debe dejar de reconocerse la importancia de este grupo; por tanto, debe procurarse preservar los vínculos generados en ella.

Entonces, atendiendo los párrafos precedentes e independientemente de las situaciones que pudiesen producirse entre los progenitores (separaciones y/o divorcios), nunca se deben perjudicar los vínculos generados entre padres e hijos, pues son estos inquebrantables y, de ninguna manera pueden verse afectados; sin embargo, se ha visto que muchos de los menores han tomado partida de los problemas que han venido enfrentado sus progenitores.

De ahí que, no es óptimo que los Niños, Niñas y Adolescente intervengan en los problemas que vienen atravesando sus progenitores, ello porque considerablemente son afectados en el desarrollo físico, psicológico y emocional de los mismos, lo que evidentemente limita y/o restringe su desarrollo integral, ocasionado que sea retraído, tímido, miedoso y otros que serían consecuencia del actuar de sus padres.

## **II. NECESIDAD DE ATENDER DICHA PROBLEMÁTICA**

Para el Ministerio de Justicia – la prioridad fundamental es brindar asesoría al Presidente Constitucional del Perú en temas judiciales y de Derechos Humanos a la Nación, es en razón de ello que, se debe poner énfasis en los derechos que les corresponden a los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que por su condición de vulnerabilidad requieren de atención inmediata a las necesidades más actuales que pudiesen presentarse.

Como es sabido, el rompimiento de los vínculos afectivos en las familias es cada vez más frecuente, ahora las parejas no son tan sólidas como lo eran hace algún tiempo, lo que genera que los hijos sufran y se tomen de manera personal los problemas de sus padres, situación que los expone considerablemente a que sus derechos sean vulnerados incluso por sus propios progenitores.

Al hacer referencia a este tema, debemos poner énfasis a lo que respecta al tema de la tenencia, donde un extraño (Juez) debe decidir quién es el progenitor que ostenta las mejores condiciones para cuidar directamente del Niño, Niña y Adolescente, valorando las condiciones personales y materiales de cada uno, pues lo que se busca es proteger integralmente al menor; no obstante, en varias oportunidades se pasa desapercibido el Síndrome de Alienación Parental.

Actualmente y, aunque no sea tan notorio el Síndrome de Alienación Parental se presenta de manera constante en los procesos de tenencia que se vienen enfrentando en los Juzgados Especializados de Familia y, que básicamente radica en que uno de los padres se encarga de desmerecer la labor de otro, victimizándose en algunas oportunidades para que el Niño, Niña y Adolescente rechace al otro y no sienta ningún tipo de culpa.

Siendo así, corresponde tutelar efectivamente los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes quienes en ningún momento pueden ser usados y/o manipulados como un objeto; por tanto, debe procurarse que se encuentren ajenos al proceso judicial, pues al estar afectados por el Síndrome de Alienación Parental su posición no es la más idónea y menos garantista de los derechos que le corresponden, dado que viene siendo usado por sus propios padres.

Por lo antes indicado, es necesario que se adopten soluciones efectivas para proteger integralmente a los Niños, Niñas y Adolescentes, pues no es posible que se ocasionen trastornos en su personalidad a causa de procesos judiciales, pues se es contrario a la finalidad que se persigue, dado que lamentablemente no se tutelarían los derechos de los menores, sino que se los expondría a que sus propios familiares lo lastimen y no permitan su desarrollo integral

### **III. PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

La propuesta legislativa tiene como principal objetivo modificar el artículo 81°, 82° y 85° de la Ley N°27337, Código de Niños y Adolescentes, el Proyecto pretende fortalecer las disposiciones contenidas en el referido instrumento para de manera conjunta garantizar y/o tutelar efectivamente los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que se encuentran enfrentando un proceso de tenencia, con el objeto de ser protegidos por nuestro sistema de justicia.

La modificatoria permitirá que los Niños, Niñas y Adolescentes puedan desarrollarse de manera integral y plena, pues es uno de sus derechos mantener contacto con ambos padres (salvo excepciones previstas en ley), así como vivir en un ambiente sano (libre de cualquier perturbación), lo que contribuirá a que no existan barreras para su bienestar que debe ser principalmente por sus progenitores, quienes son los primeros llamados a cuidar de él.

### **IV. MARCO NORMATIVO**

Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes.

### **V. ANALISIS COSTO BENEFICIO**

- No genera afecta el presupuesto nacional.
- Contribuye a proteger integralmente al Niño, Niña y Adolescente.

### **VI. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

- La vigencia de la presente Ley perfeccionará la legislación relacionada en el tema de Tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes.

## CONCLUSIONES

1. Las razones jurídicas por la que no se debe tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en un proceso de tenencia cuando se presente el Síndrome de Alienación Parental, son: i) La subjetividad en la opinión del niño, niña y adolescente ante la influencia del Síndrome de Alienación Parental; y, ii) El inminente quebrantamiento del vínculo afectivo – emocional entre el menor alienado y el padre que no ejerce la tenencia.
2. Se ha determinado la importancia del principio del Interés Superior del Niño; puesto que, se deben prestar todas las condiciones necesarias a efectos de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, evitando y/o descartando de forma oportuna que no se encuentre afectado por el Síndrome de Alienación Parental, caso contrario no resultaría idóneo considerarlo; toda vez que, podría ser perjudicial para su desarrollo.
3. Al mismo tiempo, es trascendental tutelar el derecho a la identidad de los niños y niñas; así como, salvaguardar el derecho a vivir en familia; puesto que, son sus cuidadores primarios los obligados a proporcionarles las mejores condiciones; por lo que, el ejercer influencia negativa en ellos atentaría contra su integridad, afectando incluso su derecho a la identidad dinámica, que se encuentra en construcción.

4. De otro lado, se ha demostrado que el Síndrome de Alienación Parental puede afectar la opinión de los niños, niñas y adolescentes en procesos de tenencia, ello porque son ellos quienes toman partido del proceso llegando a ser los defensores de papá o mamá, lo que los hace más vulnerables, poniendo en peligro su bienestar integral, por ello es importante que en los procesos de tenencia se evalúe preventivamente a los menores para descartar el Síndrome en referencia; puesto que, de continuar así el proceso podría afectarse directamente a su correcto desarrollo, quebrantando los vínculos afectivos – emocionales con sus progenitores, más aún si son ellos quienes emitirán una opinión influenciada y/o manipulada.
5. Finalmente, con el desarrollo de la presente investigación se ha acreditado la importancia de proponer la incorporación legislativa para excluir la opinión de los niños, niñas y adolescentes en procesos de tenencia cuando éstos se vean afectados por el Síndrome de Alienación Parental, para que se tutelen efectivamente los derechos de los menores que se encuentran enfrentando un proceso de tenencia, con el objeto de ser protegidos por nuestro sistema de justicia, permitiendo el contacto con ambos progenitores (sin manipulación) conforme lo prescribe la ley, garantizando de esta manera su bienestar integral.

## RECOMENDACIONES

1. Al Equipo Multidisciplinario, especialmente a los Psicólogos de la Corte Superior de Justicia, para que, evalúen preventivamente a todos los Niños, Niñas y Adolescentes que se encuentran inmersos en procesos de tenencia, con el propósito de identificar de manera oportuna la presencia del Síndrome de Alienación Parental; y, de ser el caso, sugerir al Magistrado para que en el proceso no se tome en cuenta su opinión, brindándole además la asesoría y/o terapia respectiva.
2. A los Jueces de Familia, para que, realicen un trabajo coordinado y activo con el Equipo Multidisciplinario, evitando tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes cuando se halla determinado la presencia del Síndrome de Alienación Parental, con el propósito de garantizar su Interés Superior.
3. A los Abogados especialistas en derecho de familia, para que, realicen mayores investigaciones respecto del Síndrome de Alienación Parental, propiciando mejores defensas y concientizando a las partes procesales, quienes deben entender que en estos procesos se debe tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues no son el trofeo o el premio mayor, sino que son sujetos de derecho merecedores de todo tipo de atención, siempre que sea favorable para su desarrollo.
4. A los investigadores, para que, que continúen con el estudio del Síndrome de Alienación Parental, poniendo énfasis y acreditando la forma en que se produce (a causa de este Síndrome) el quebrantamiento de la unión familiar con el padre que no ejerce la tenencia, pudiendo acreditar con los diferentes fallos emitidos por la Corte Superior de Justicia a nivel nacional.

## LISTA DE REFERENCIAS

### LIBROS

Aguilar Llanos, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

Código de los Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2011). *Alienación Parental*. México D.F: s/e

Cornejo Chávez, H. (1991). *Derecho familiar peruano*. Lima: Studium.

Corral Talciani, H. (2015). *Derecho y Derechos de Familia*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Díez - Picazo, L. (2012). *Derecho de Familia* (t. 1). España: Editorial Arazandi S.A.

Fernández Revoredo, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia – Constitucionalización y Diversidad Familiar*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Plácido Vilcachagua, A. (2015). *Manual de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

## ARTÍCULOS Y TESIS

Aguilar Llanos,

Albines Silva, F & Gonzales Gonzales, Y. (2015). *Razones Jurídicas para la No Prohibición de la Adopción, en la Institución del Acogimiento Familiar*. (Tes. para obtener el título de abogada) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.

Aliaga Gamarra, J.B. (2013). *El interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú*. (Tes. Para obtener el título de abogada inédita) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Defensoría del Pueblo. (2013). *¡Fortalezcamos la Demuna! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: s/e.

Defensoría del Pueblo. (2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo*. Lima: s/e.

Fernández, C. *El Derecho a la Identidad Personal*. Recuperada de <http://https://docplayer.es/87967716-El-derecho-a-la-identidad-personal-carlos-fernandez-sessarego.html?fbclid=IwAR1Tc3JyojbKFwuq056INGjdwLV4J-y0jCoOWeBYu0zT0mLgJtNBDygzxTg>

Medina, A. (2014). *Derecho Fundamental a la Identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes y los Aportes del (DNI) en su configuración en el Perú*. Recuperada de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/medinaotazu/2014/04/26/derecho->

fundamental-a-la-identidad-de-los-ni-os-ni-as-y-adolescentes-y-los-  
aportes-del-dni-en-su-configuracion/

Peña Barrientos, M. (2016). *El controvertido Síndrome de Alienación Parental como Patología Jurídica y sus implicancias en el binomio legal Tenencia – Régimen de Visitas en la Legislación de Familia*. (Tes. para obtener la licenciatura de Derecho) Universidad de Piura.

Ramírez Sánchez, R & Mercado Calderón, H. (2016). *Asociación entre la Alienación Parental y la Violencia Psicológica – Familiar en familias de la ciudad de Cajamarca: Implicancias legales*. (Tes. para obtener el Grado Académico de Magister en Familia con mención en Mediación Familiar) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.

### **ARTÍCULOS DE INTERNET**

Aguilar Llanos, B. La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú en Derecho & Sociedad* 32, 6. Recuperada de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17425/17705>

Capuñay Chávez, L. (2010). A diez años de la vigencia del Código del Niño y Adolescente. Recuperada de: [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-09\\_a\\_diez\\_a%C3%B1os\\_vigencia\\_cod\\_ni%C3%B1o\\_210208.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-09_a_diez_a%C3%B1os_vigencia_cod_ni%C3%B1o_210208.pdf)

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior del niño sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Recuperado de [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf)

Giannasi, A. (2009). *El Derecho a la Identidad en Niños, Niñas y Adolescentes adoptados en Argentina*. (Tes. Para obtener el grado de Magister en Derechos Humanos y Democracia en América Latina) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Recuperada de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/335/1/T707-MDH-Gianaaiel%20derecho%20a%20la%20identidad%20en%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes.pdf>

Escudero, A; Aguilar, L & De La Cruz, J. (2008). *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): "terapia de la amenaza"*. Recuperada de <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>

Fernández, M. (2003). *La Familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares*. Recuperada de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18290/18536.pdf>

Howard, W. (2012). *El Síndrome de Alienación Parental*. Recuperada de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>.

Ramos, C.A. (año). *La idea de familia en el Código Civil Peruano*. Recuperado de [file:///C:/Users/FIORELLA/Downloads/11404-Texto%20del%20art%C3%ADculo-45301-1-10-20150223%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/FIORELLA/Downloads/11404-Texto%20del%20art%C3%ADculo-45301-1-10-20150223%20(1).pdf)

Sokolich Alva, M.I. (2013). *La aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Recuperado de: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/47>