

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho**

**RAZONES JURÍDICAS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 84°-INCISO B), DEL  
CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos para obtener el Título Profesional de**

**Abogado**

**Bach. PEREZ TAICA RAQUEL**

**Bach. CHICLOTE HUANGAL ENITH HAYDEE**

**ASESOR**

**OTILIA LOYITA PALOMINO CORREA**

**Cajamarca – Perú**

**Mayo – 2019**

**COPYRIGHT 2019 BY**  
PEREZ TAICA RAQUEL  
CHICLOTE HUANGAL ENITH HAYDEE  
Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**APROBACION DE TESIS PARA OBTENER TÍTULO PROFESIONAL**

**RAZONES JURÍDICAS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 84 - INCISO B), DEL  
DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Presidente: CHRISTIAN FERNANDO TANTALEAN ODAR

Secretario: HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA

Asesor: OTILIA LOYITA PALOMINO CORREA

**A:**

Mis padres, quienes con su esfuerzo, paciencia y dedicación hicieron de mí una persona persistente, y capaz de ir detrás de sus metas y objetivos, hasta lograr cumplirlos.

## AGRADECIMIENTOS

- El agradecimiento a nuestro padre creador quien fue el impulso más grande para iniciar, avanzar y concluir el presente trabajo de investigación, convirtiéndose este último en uno de mis mayores retos.
- Asimismo, agradecer a la Mg. OTILIA LOYITA PALOMINO CORREA, al haberme agenciado de material bibliográfico referente al tema de tesis; así como también por sus ideas, opiniones, comentarios y críticas constructivas, las mismas que hicieron posible la realización de la presente tesis.

**Finalmente, agradecer de manera fraterna a todas aquellas personas que de alguna u otra manera colaboraron con el presente trabajo de investigación.**

## **INDICE**

APROBACION DE TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL.....	03
DEDICATORIA.....	04
AGRADECIMIENTOS.....	05
RESUMEN.....	10
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN.....	12
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>14</b>
<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS.....</b>	<b>14</b>
1.1. Descripción de la realidad problemática.....	14
1.2. Formulación del problema.....	15
1.3. Justificación de la investigación.....	15
1.4. Objetivos de la Investigación.....	16
1.4.1. Objetivo General.....	16
1.4.2. Objetivos Específicos.....	16
1.5. Hipótesis de investigación.....	17
1.6. Unidad de Análisis.....	17
1.6.1. Unidad de Análisis.....	17
1.7. Aspectos Generales.....	17
1.7.1. Enfoque.....	17
1.7.2. Tipo.....	18
1.7.3. Diseño.....	18
1.7.4. Dimensión Temporal y Espacial.....	18
1.8. Métodos de investigación.....	18

1.9. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	18
1.10. Limitaciones de la Investigación.....	19
1.11. Aspectos éticos.....	19
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>20</b>
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>20</b>
2.1. Antecedentes de la investigación.....	20
2.2. Bases Teóricas.....	23
2.2. Discusión Teórica.....	27
2.4. Definición de términos básicos.....	28
2.4.1. Alienación Parental.....	28
2.4.2. Derecho del niño a vivir en familia.....	29
2.4.3. Patria Potestad.....	30
2.4.4. Principio de Interés Superior del Niño.....	31
2.4.5. Tenencia.....	32
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>35</b>
<b>ANÁLISIS DEL INCISO B) - ARTÍCULO 84°, DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.....</b>	<b>35</b>
3.1. La aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, en el inciso b) del artículo 84° del CNA.....	40
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>TENENCIA Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.....</b>	<b>48</b>
4.1. Tenencia.....	48

4.1.1. Diferencia con la Tutela y Patria Potestad.....	49
4.1.2. Clases de Tenencia.....	50
a) Tenencia Provisional.....	50
b) Tenencia de Hecho.....	50
4.1.3. Proceso de Tenencia y Régimen de Visitas.....	50
4.2. Síndrome De Alienación Parental en niños.....	52
4.2.1. Cuando el progenitor genera odio patológico en sus hijos.....	53
4.2.2. Diagnóstico del Síndrome de Alienación Parental.....	54
4.2.3. Signos de alerta de alienación parental en los niños.....	54
4.2.4. Síndrome de Alienación Parental: Consecuencias.....	55
4.2.5. SAP: Niveles de Intensidad.....	56
4.2.6. Qué hacer ante el síndrome de alienación parental: Soluciones.....	57
4.2.7. Síndrome de Alienación Parental en la Legislación Nacional.....	58
4.2.8. El Código de Niños y Adolescentes.....	61

## **CAPÍTULO V**

### **LAS RAZONES JURÍDICAS QUE DEBEN FUNDAMENTAR LA MODIFICATORIA DEL INCISO B) - ARTÍCULO 84°, DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.....**

5.1 Interés Superior del Niño: .....	66
5.1.1. Antecedentes: .....	66
5.1.2. La Convención sobre Derechos del Niño 1989.....	67
5.1.3. El Principio Jurídico del Interés Superior del Niños y Adolescentes en el Sistema Legal Peruano.....	69
5.1.4. Materias en las que rige el Principio.....	70



5.2 Interés Superior del Niños y Adolescentes frente a la separación legal o de hecho.....	71
5.3 La Vulneración del Principio Jurídico del Interés Superior del Niños y Adolescentes.....	72
a) A la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.....	74
b) A gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.....	74
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES.....	79
REFERENCIAS.....	80

## RESUMEN

En el Libro III del Código de los Niños y Adolescentes del ordenamiento jurídico peruano se regula, como institución familiar, a la Tenencia del Niño y adolescente, la misma que se desprende, a su vez, de otra institución familiar denominada Patria Potestad. Por su parte, el artículo 84° del mismo cuerpo normativo establece que: **en caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: (...) b) El hijo menor de tres 03 años permanecerá con la madre** (Código de los Niños y Adolescentes). En consecuencia, se advierte del artículo citado que la tenencia será otorgada a la madre del menor de 03 años, sin discusión.

Pero qué sucede si la madre no ésta en la capacidad emocional o psicológica que le permita obtener o preservar, según sea el caso, la tenencia de su menor hijo. Por ejemplo, qué sucede si esta madre, que el ordenamiento jurídico peruano la respalda y le otorga la tenencia a los menores de 03 años, influye negativamente en la formación de su menor hijo, de modo tal que este último muestre signos de padecer el síndrome de alienación parental.

En consecuencia, lo que se propone mediante la realización del presente proyecto de tesis es modificar el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes; de modo tal que no se otorgue de manera directa la tenencia de los hijos menores de 03 años, a la madre; sino que esta disposición esté condicionada a lo que resulte más favorable para el menor; ello en atención al Principio del Interés Superior del Niño.

**Palabras Claves:** Tenencia, Patria Potestad, Código de los Niños y Adolescentes, Principio del Interés Superior del Niño.

## **ABSTRACT**

Book III of the Code of Children and Adolescents of the Peruvian legal system regulates, as a family institution, the Tenure of the Child and adolescent, the same that is inferred, in turn, from another family institution called Patria Potestad. On the other hand, article 84 of the same normative body establishes that: in case there is no agreement on tenure, the judge will decide taking into account the following: (...) b) The child under three years will stay with the mother (Code of Children and Adolescents). As a result, the cited article warns that the tenancy will be granted to the mother of the child under 03, without discussion.

But what happens if the mother is not in the emotional or psychological capacity that allows her to obtain or preserve, as the case may be, the possession of her minor child. For example, what happens if this mother, who is supported by the Peruvian legal system and gives custody to children under 03, negatively influences the formation of her child, so that the latter shows signs of having the syndrome of parental alienation.

Consequently, what is proposed through the realization of this thesis project is to modify Article 84 - Section B) of the Code of Children and Adolescents; in such a way that the possession of children under 03 years of age is not directly granted to the mother; rather, this provision is conditioned to what is most favorable for the child; this in accordance with the Principle of the Higher Interest of the Child.

Keywords: Tenure, Parental Rights, Code of Children and Adolescents, Parental Alienation, Principle of the Higher Interest of the Child.

## INTRODUCCION

La idea de la familia unida y feliz, en estos tiempos actuales, más parece ser una utopía, que un estilo de vida. Pues hoy en día son más los hogares disfuncionales o la falta de estos; que poder ver, disfrutar o formar parte de hogares dirigidos por un papá y cobijados por el amor de una mamá. En la actualidad, además de la violencia, lo que más abunda en la sociedad son hogares destruidos, padres que se separan e hijos en medio de estas rupturas matrimoniales y/o convivenciales.

Si bien el Estado, el ordenamiento jurídico y la misma sociedad no pueden hacer mucho para revertir estos resultados, (toda vez que ello depende únicamente de las parejas en sí); al menos hay que preocuparse por los menores; tal y como lo establece el artículo Cuarto de la Constitución Política del Perú cuando se refiere que los niños y adolescentes deberán recibir una protección especial por su estado de indefensión. Entonces, como una medida de defensa y protección, aparentemente para el menor, se da en el supuesto de separación de los padres, en donde el Código de Niños y Adolescentes establece que, ante tal situación, el niño menor de tres años debe permanecer bajo el cuidado de la madre. Y es que se deberá tener en cuenta que es la figura materna quien, por lo general, se encuentra cerca y/o se hace cargo de la crianza de los hijos, más aún si estos son pequeños y no pueden valerse por sí mismos.

Pero acaso el papá no puede también, hacerse cargo de su hijo o hija menor de tres años, en las mismas condiciones que la mamá; por qué el ordenamiento jurídico peruano marca diferencias y/o privilegios para cierto sector de la sociedad (en este caso, las madres) y no actúa de forma imparcial y objetiva; otorgando la oportunidad de criar al hijo menor de tres años en igualdad de oportunidades para ambos padres, dependiendo, claro está, de las circunstancias, estabilidad económica, laboral pero sobre todo, de la estabilidad emocional y psicológica tanto del papá, como de la mamá y, sobre todo, de los hijos menores de tres años.

Ante tal situación, es que surge la idea – *y por qué no decirlo, la necesidad*- de modificar el inciso b) del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes; a efectos de otorgar a ambos padre la igualdad de condiciones y oportunidades de, en caso de separación de estos, solicitar y/o tener la oportunidad, amparada por ley, de criar al hijo menor de tres años.

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. Descripción de la realidad problemática

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (...)”, frase citada de la Constitución Política del Perú, artículo 3°. En consecuencia, si el estado peruano protege de manera especial al niño y/o niña, a través de distintos instrumentos legales (Tratados, Principios, Códigos, etc.) y/o instituciones públicas (Juzgados de Familia, Defensoría del Pueblo, INABIF, Defensoría, entre otros), se ha de tener en consideración que ante cualquier medida que se tome y que involucre a menores de edad, lo más importante es garantizar el bienestar y protección de estos (Principio del Interés Superior del Niño).

Las cifras obtenidas de los censos nacionales de población y vivienda elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante INEI) en 1993 y 2007 evidencian el numeroso incremento de separaciones y divorcios tramitados e inscritos en el Perú. (...) Esta situación ha devenido en el aumento considerable del número de procesos de tenencia y de régimen de visitas en los últimos años. (Fernández, 2017, p. 223)

En tal sentido, en el ámbito familiar, ante una situación de separación de los padres en donde hay de por medio niños, si estos no se logran poner de acuerdo en quién se hará cargo de la tenencia de los mismos; es el juez de familia quien decide. Para ello, este último resolverá teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes. No obstante, este artículo en su inciso b) establece que el hijo menor de 03 años permanecerá con la madre, de manera directa y sin probabilidad de otorgar dicha tenencia al padre; pues el inciso en mención no establece dicha probabilidad.

Entonces, ¿qué sucede si el padre resulta psicológica y emocionalmente más competente que la madre, para hacerse cargo de la tenencia de su hijo menor de 03 años, ¿aun así se la prefiere a la madre?

Y ¿qué sucede si esta última padece o muestra algún comportamiento que lejos de garantizar el bienestar y correcto desarrollo de su menor, pone en riesgo su integridad, desarrollo mental, emocional y/o psicológico.

Por ejemplo, hablese del tan común hoy en día, Síndrome de Alienación Parental. Mediante el cual el padre o madre que tiene a cargo la tenencia de su menor hijo lo manipula de tal modo que lo pone en contra del otro padre. Entonces, debe esa madre quedarse con la tenencia de su menor hijo, solo porque el artículo 84° inciso b) del Código de Niños y Adolescentes así lo establece, y no reconoce al padre del menor de 03 años como también, posible candidato a su cuidado.

Pues bien, lo que se pretende mediante el desarrollo del presente trabajo de investigación es equiparar el derecho de la tenencia del niño y/o niña menor de 03 años, en donde de manera imparcial y equitativa, cualquiera de los dos progenitores, hablese del padre o la madre, tengan la igualdad de solicitar dicha tenencia. Y no solo se la otorgue a la madre del menor.

## **1.2. Formulación del Problema**

¿Cuáles son las razones jurídicas para modificar el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes?

## **1.3. Justificación de la Investigación**

En un primer momento se debe considerar que los niños y niñas representan uno de los sectores más vulnerables de la sociedad, ello en aras a su falta de capacidad para satisfacer

sus necesidades y/o intereses por sí mismos; en consecuencia, resulta indispensable que el Estado Peruano conceda protección especial mediante la implementación de políticas públicas que se plasmen en dispositivos legales teniendo en cuenta el contexto jurídico – social.

En consecuencia, el desarrollo del presente trabajo de investigación se orienta particularmente a modificar el ordenamiento jurídico peruano, de modo tal que no sea regla obligatoria que la tenencia de un niño y/o niña menor de 03 años le sea otorgada a la madre de este menor, siempre que se advierta, por ejemplo, el síndrome de Alienación Parental en el menor, ocasionado por la madre. Siendo el objetivo, velar por los intereses y bienestar de los menores de 03 años, determinándose qué resulta más apropiado, conveniente y saludable para éste.

#### **1.4. Objetivos de la Investigación**

##### 1.4.1. Objetivo General

Determinar las razones jurídicas para modificar el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.

##### 1.4.2. Objetivos Específicos

- ✓ Analizar el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.
- ✓ Determinar la relación que existe entre Tenencia y el Síndrome de Alienación Parental.
- ✓ Establecer los Derechos Fundamentales y los Principios Jurídicos afectados por lo dispuesto en el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.



- ✓ Determinar los beneficios que significaría para los niños, niñas y adolescentes la modificatoria del Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.

### **1.5. Hipótesis de Investigación**

Las razones jurídicas que deben fundamentar la modificatoria del Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes, a fin de incluir en dicho inciso que “el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre, **siempre que le sea favorable**”; obedece a:

- ✓ La Vulneración de los derechos fundamentales a: a) la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; así como también 2) al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; en atención al niño y/o niña menor de 03 años.
- ✓ Vulneración del Principio Jurídico del Interés Superior del Niños y Adolescentes.
- ✓ La existencia del Síndrome de Alienación Parental, que pueda presentar la madre que tiene a cargo la tenencia de su hijo(s) menor (es) de 03 años.

### **1.6. Unidad de Análisis**

#### 1.6.1. Unidad de Análisis

Vulneración del principio de interés superior del niño

### **1.7. Aspectos Generales**

#### 1.7.1. Enfoque

Cualitativo, siendo que la investigación a realizarse requiere de análisis doctrinario.

### 1.7.2. Tipo

Básica (Lege Data), toda vez que se busca obtener el conocimiento, en el caso en particular, demostrar las razones jurídicas para modificar el Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.

### 1.7.3. Diseño

Descriptivo, debido a que no se manipularan variables.

## **1.8. Métodos de Investigación**

El método utilizado es la Dogmática Jurídica, al tener, el presente trabajo de investigación la finalidad de estudiar la doctrina de familia a efectos de determinar las razones jurídicas que sustenten la modificatoria del Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes.

## **1.9. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos**

La técnica a usar será la de observación documental, al agenciarnos de material bibliográfico, específicamente en lo que se refiere a doctrina y jurisprudencia. Siendo, los instrumentos que ayudarán en el desarrollo de la presente tesis:

- a) Libreta de Apuntes.
- b) Libros.
- c) Periódicos.
- d) Revistas Jurídicas
- e) Lapiceros
- f) Memorias USB
- g) Lap-Top

### **1.10. Limitaciones de la Investigación**

La dificultad más compleja con la que se ha tenido que lidiar, a efectos de lograr el desarrollo y culminación de la presente Tesis, ha sido el limitado acceso a doctrina sobre la tenencia de los hijos menores de 03 años en donde se discuta temas sobre la tenencia del niño y/o niña menor de tres años, pudiendo resultar escasos.

### **1.11. Aspectos éticos**

El autor se compromete, en caso encontrar algún expediente judicial en trámite o concluido, en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, concerniente a la figura de Tenencia y Alienación Parental; preservar la identidad de las partes involucradas en el proceso, así como de los menores; además de mantener en confidencialidad cualquier dato y/o información que revele su identidad.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la Investigación**

Según Echevarría (2011) en su tesis Doctoral “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en La Universidad de Granada, Facultad de Derecho, se plantea la problemática de la importancia de la delimitación de la tenencia compartida para un acorde desarrollo del menor pues especifica que en los casos en donde los padres no lleven una relación mala entre ellos se pueda dar preferencia a este tipo de tenencia, todo a su vez, que este tipo de tenencia según el respaldo científico y principalmente psicológico hace que el menor pueda desarrollarse más libremente no perdiendo presencia de ninguno de los roles paternos.

Por su parte (Steffen, 2003) en su tesis para optar el grado académico de Magister en Ciencias de la Educación con Mención en: Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia, muestra las diferencias entre chicos en tenencia compartida y en tenencia monoparental. El rango de edades va de 4 a 10 años. Esta tesis con un enfoque más analítico estadísticamente, saca conclusiones de encuestas realizadas a padres e hijos que cuentan tanto con la tenencia compartida como con la tenencia exclusiva y en donde se vieron resultados más favorables para la tenencia compartida ya que se encontró que en estos casos los padres se relacionan más con el desarrollo del niño asimismo existe un afecto más equitativo de parte del menor hacia ambos padres, entre otras ventajas que permiten un adecuado ambiente de cuidado al menor.

La determinación de con cuál de los progenitores deben permanecer los hijos en un divorcio o separación se ha convertido en un problema creciente en las últimas décadas. En el pasado los hijos fueron tratados como una propiedad por

los padres pues ellos no contaban con el poder de decisión sobre sus vidas, a pesar que ellos eran responsables de su protección, manutención y educación. Hasta mediados del siglo XIX, los padres gozaban de un poder casi absoluto de tenencia, sin embargo existieron cambios importantes de esta figura a partir de la revolución industrial, ya que los nuevos puestos de trabajo ahora necesitaban que el padre se ausente por mucho tiempo de su hogar lo que permitió a las esposas tener derecho como principales cuidadoras (López, 2016, p.03).

Es justamente esta situación la que dio origen a la tenencia y a los alimentos, pues las madres cuidaban a los hijos mientras que los padres trabajaban para la manutención de ellos. La presunción de la madre como mejor criadora de los hijos recibió un apoyo intelectual en la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, quien focalizó la crianza exclusivamente en la relación materna, olvidando el papel del padre en el desarrollo de los hijos (Buss & Larsen, 2005, p. 77). La resultante idealización de la maternidad se reflejó con frecuencia en las decisiones de tenencia.

Otro supuesto importante para la tenencia fue la presunción de la tenencia materna la cual permaneció firme durante varias décadas, especialmente en Estados Unidos (aproximadamente a los años 1960), hasta 4 que se produjo un levantamiento social exigiendo el derecho reconocido de impacto en esa época, la igualdad de género y el no a la discriminación (López, 2016, p.04).

El Perú no es ajeno a la tendencia de preferencia al menor con su madre sin tomar debidamente en cuenta las condiciones sociales o familiares particulares de las personas. Esta tendencia empieza desde la cultura que se ha forjado, la madre es responsable de cuidar y levantar a los hijos y el padre de proveer el dinero o los

alimentos, justamente por ello, los asesores o abogados orientan indebidamente a sus clientes o usuarios, en donde se asesora estableciendo una preferencia de la madre al padre en la tenencia, pues si bien es cierto existen normas que hacen esta preferencia, ello no significa que estas normas no sean discriminantes y que atenten contra la igualdad de género, pues el padre debe tener el mismo derecho que la madre para demostrar que se encuentra en condiciones de tener la tenencia (Azpiri, 2005, p.201).

Esta discriminación también existe en la vía judicial, los jueces de familia muchas veces sobreponen la suposición del bienestar del menor con la estancia con la madre, sin embargo al hacerlo crean una discriminación al padre, el interés superior del niño se basa en con quien estaría en mejor posición de cuidarlo, en especial hablamos sobre la fundamentación de los jueces sobre esta preferencia pues muchas de las veces es irrisoria e irrelevante pues casi todo está basado en prejuicios socioculturales que da preferencia a la madre que al padre, lo cual afecta gravemente al derecho fundamental del padre ya sea de igualdad como en el derecho de tener la tenencia de su hijo (López, 2016, p.15).

Finalmente y, como antecedente más próximo al presente trabajo de investigación, sobre el análisis realizado al artículo 84° inciso a) y 85°, ambos del Código de Niños y Adolescentes, se encuentra lo establecido mediante **Cas. N° 1961-2012-Lima** emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Lima, al declarar infundado el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores en contra de la resolución que otorgaba la tenencia y custodia de los hijos a favor del padre, en la medida que se acreditó que la progenitora no tenía capacidad mental para convivir

con ellos. De esta manera, el Colegiado señaló que, **las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecúan a lo que lo favorece al menor** y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia, se debe salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente. (Cas. N° 1961-2012-Lima).

En ese sentido la Sala Civil Suprema declaró infundado el recurso y ratificó la tenencia al padre, pese a que los menores habían manifestado su voluntad de quedarse con su progenitora. En la decisión se consideró a la madre como una persona no apta para desarrollarse como tal, debido al trastorno bipolar que le producía constante evolución y cambio de los estados de ánimo.

En consecuencia, si bien el Código de los Niños y Adolescentes establece que, cuando no exista acuerdo en la tenencia, el menor deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo (art. 84 inciso a), la aplicación de esta regla dependerá de las situaciones de cada caso en concreto y siempre que esto sea favorable al menor.

Similar interpretación se debe dar al artículo 85 de la misma norma: pese a que la opinión de los menores es importante, la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor. Y, finalmente, similar interpretación se debe dar al artículo 84° inciso b) del precitado cuerpo normativo; en el sentido de evaluarse la tenencia por igual entre el padre y la madre del hijo menor de 03 años, atendiendo al Interés Superior del menor.

## **2.2. Bases Teóricas**

Desde un enfoque doctrinario, se establece tres tipos de tenencia:

a) La Tenencia Unipersonal.-

Se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo a su cuidado (Ling, 2001, p. 01).

b) La Tenencia Compartida.-

En este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se deben tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre.

De esta manera, en el momento en que una pareja con hijos se separa, caben dos posibilidades:

- i) Reconocer a uno de los padres más derechos que al otro y, con ello, crear las condiciones para toda clase de abusos y hostilidades (como en el caso de nuestro vigente régimen de separación y divorcio); o.
- ii) Reconocer exactamente los mismos derechos a ambos padres, lo que automáticamente restará interés a cualquier planteamiento contencioso.

En el segundo supuesto, ninguna de las partes tendrá motivos especiales para entablar costosos y traumáticos procesos judiciales, la tenencia perderá todo el valor que actualmente tiene como arma de máxima eficacia frente al ex cónyuge, los hijos dejarán de ser hipotéticos rehenes en manos del progenitor custodio y los términos de la separación se basarán exclusivamente en el bienestar del menor (Lathrop, 2008, pg. 211).

En realidad, ningún detractor de la tenencia compartida ha conseguido demostrar que, para el niño, sea perjudicial vivir con ambos padres. Hasta ahora, el más



frecuente -y casi único- argumento esgrimido a favor de la tenencia materna exclusiva ha sido la necesidad de estabilidad, es decir, el deseo de evitar al niño los supuestos trastornos resultantes del cambio periódico de domicilio (Ling, 2001, pg. 01).

Para una sociedad en la que los niños, ya desde los primeros meses de su vida, reparten su tiempo entre la guardería y el hogar, es una pobre argumentación esa supuesta inestabilidad que conllevaría el desplazamiento entre los hogares materno y paterno (Plácido, 2008, pg. 01).

Pero sobre todo, no se ha tenido en cuenta el hecho evidente de que lo importante para el niño no es la estabilidad material, sino la estabilidad emocional y la sensación de seguridad que le proporciona el contacto asiduo como ambos padres.

c) La Tenencia Negativa.-

Se produce cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad.

La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él (Ling, 2001, pg. 01).

Otra clasificación, según el abogado peruano Freddy Ling es:

a) Tenencia por Mutuo Acuerdo

Cuando se determina la tenencia del menor por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero.

b) Tenencia de Facto

Es decir por decisión unilateral. Los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente (Ling, 2001, pg. 01). Se puede decir que es expresa cuando el padre expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor.

c) Tenencia Definitiva

Aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada.

Si un padre tiene la tenencia por una resolución judicial del Juzgado Especializado de Familia, sólo otra resolución judicial se la puede quitar.

Si un padre tiene la tenencia por un Acta de Conciliación de un Centro de Conciliación, cuya acta tenga autoridad de cosa juzgada. Quien no obtuvo la tenencia en caso de querer variarla o modificarla posteriormente deberá recurrir al Juzgado Especializado a fin de solicitar la variación o modificación según sea el caso (Ling, 2001, p. 01).

d) Tenencia Provisional

La tenencia provisional se encuentra regulada en el artículo 87° del Código de Niños y Adolescentes, la cual se refiere a la facultad del padre, que no tiene la

custodia, de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

### **2.3. Discusión Teórica**

Resultaría ideal que los padres, ante una situación de separación o divorcio hagan a un lado sus diferencias de pareja y lleven una relación armoniosa respecto de la tenencia de sus hijos; particularmente, la Tenencia Compartida resultaría ser la mejor opción para los menores, luego de una separación de los padres, a fin de que no se vea interrumpida la relación paterno-filial. Sin embargo, este ideal, en su mayoría no se da en la sociedad peruana. Y ante una inminente separación de los padres, independientemente de los motivos de la misma, lo más importante es velar por el interés y mayor beneficio para el menor.

A efectos del desarrollo del presente trabajo de investigación, resulta preciso contrastar dos tipos de Tenencia como lo son la Definitiva y la Provisional.

Así, el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes hace alusión a la Tenencia de tipo Definitiva, toda vez que se trata del Juez de Familia quien decidirá, mediante una sentencia que tiene carácter de definitivo y es de obligatorio cumplimiento, a cuál de los progenitores se le otorgará la tenencia del menor; sin embargo, en lo que respecta al inciso b) del precitado artículo, ya de por sí se establece que la tenencia de los hijos menores de 03 años le será otorgada a la madre. No obstante, ante tal supuesto encontramos contradictoriamente a la Tenencia Provisional, la misma que se encuentra legislada mediante artículo 87° del cuerpo normativo en mención, toda vez que dicha tenencia será solicitada por el padre que no tiene la custodia del niño menor de tres años,

en razón del peligro que corre la integridad física del menor; siendo que el Juez tiene un plazo de 24 horas para resolver tal situación.

Entonces, si en un primer momento se otorga a la madre del menor de 03 años la tenencia del hijo, sin la posibilidad que el padre, en igualdad de derechos y condiciones, también sea evaluado para ello; por qué en un segundo momento se tomará en cuenta al padre en caso de riesgo inminente para el menor. Pudiendo proveerse dicho riesgo si desde un principio se evaluara a ambos padres por igual, para la tenencia de los hijos menores de tres años.

Al respecto, el Dr. Fermín Chunga La Monja considera que el artículo 87° del precitado código adolece de falta de coherencia porque no debería protegerse sólo la integridad a los menores de tres años con la tenencia provisional, sino también la integridad de todos los menores. Además señala que debe protegerse al menor no sólo dentro de las 24 horas, sino inmediatamente, para lo cual refiere el caso de un padre desquiciado que mató y descuartizó a sus hijos a pesar de la denuncia oportuna de los vecinos ante los juzgados de menores (2002, p.66).

## **2.4. Definición de Términos Básicos**

### **2.4.1. Alienación Parental**

La Alienación Parental es un trastorno que se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño (Kaslow, 2006, p. 56). Se caracteriza por la presencia de una campaña de denigración hacia un progenitor previamente querido por el niño, a la que se agregan elementos que

el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado (Fernández, 2017, p.82).

En esta campaña habitualmente participa un progenitor que instiga el resentimiento y que culmina cuando el niño rechaza abiertamente al progenitor acusado, haciendo suyas las descalificaciones esgrimidas en su contra (Aguilar, 2004, p.133). Este síndrome se produce en ausencia de maltrato físico o abuso; sin embargo, representa una de las formas más graves de maltrato psicológico y requiere de una intervención multidisciplinaria para detenerlo (Barudy, 2005, p.71).

#### 2.4.2. Derecho del niño a vivir en familia

En el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes se señala que: el niño, niña y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, y a no ser separados de esta, sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Esto se da en atención a lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que: los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables (1989).

También, que se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

El Tribunal Constitucional peruano, a través del expediente N.º 01817-2009-PHC/TC del 7 de octubre de 2009, desarrolla que el derecho del niño a vivir en familia y a no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, identidad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad y bienestar. Particularmente, el niño tiene derecho a una familia y a vivir con ella a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (Cardona, 2012, p.348).

Del mismo modo, para el Mg. En Investigación Jurídica Benjamín Aguilar Llanos, la responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición de esta (2010, p.306).

A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados (Borda, 2002, p.79).

#### 2.4.3. Patria Potestad

La patria potestad es aquella obligación, derecho y deber que tienen los padres de cuidar a sus hijos menores de edad y administrar los bienes de estos. Es intransferible y personalísima (Chunga, 2002, p.105).

Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes, no es más que: el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos

no emancipados así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los progenitores respecto de sus hijos (Aguilar, 2013, p.356).

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes (Jara & Gallegos, 2011, p.481).

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores, independientemente de su sexo y de si éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

#### 2.4.4. Principio de Interés Superior del Niño

Se debe recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4º prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, constituye un instrumento internacional que reconoce, en su artículo 3º, a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que se resumen en cuatro principios fundamentales, uno de los cuales es el “interés superior del niño”, recogido también por el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo IX del Título Preliminar que, preconiza que todas las medidas concernientes a los niños, adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales,

autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener muy en cuenta este principio. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general y la especializada en particular que sus decisiones tengan como sustento dicho principio superior (Sokolich, 2013, p.83).

Vale decir 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 (Miranda, 2006, p. 109); 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).

A manera de conclusión, el Principio del Interés Superior del Niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

#### 2.4.5. Tenencia

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Su finalidad, según Fernández Espinosa radica en poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro



que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro (2017, p. 63).

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, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

#### DIFERENCIA CON LA TUTELA

La tenencia se aplica solo a los padres, la tutela es la institución que protege al menor en la ausencia de los padres y se concede a los abuelos u otros familiares.

#### DIFERENCIA CON LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable. Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente acreditados en un proceso judicial como por ejemplo Incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros (Lasarte, 2014, p 125).

La tenencia puede resultar uno de los litigios más complejos y difíciles del derecho de familia y es porque la ley parte de ciertas premisas como son:

- El niño (a) permanecerá con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- El menor de tres años permanecerá necesariamente con la madre.

- El juez escuchara la opinión del niño y tomara en cuenta la decisión del adolescente.
- La ley prefiere siempre que los menores se queden con la madre. (Abogadosdefamilia, 2008, p.01).

Como se aprecia, la preferencia será a favor de la madre y, más aún, si se trata de un niño y/o niña menor de tres años. Situación que de por sí ya se parcializa y excluye de igualdad de derechos al padre; resultando de mayor preocupación, dejar de lado el Interés Superior del Niño para proceder a entregar en Tenencia, de manera expresa, al menor de tres años, a la madre de éste. Dejando de lado la pregunta de: ¿qué es lo más conveniente para este menor?, ser entregado sin miramientos a su madre o evaluar la posibilidad de ser entregado al padre.

## **CAPÍTULO III**

### **ANÁLISIS DEL INCISO B) - ARTÍCULO 84°, DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

La especial situación de incapacidad e inimputabilidad de los niños y adolescentes determina que en materia de procesamiento judicial, ésta se encuentre a cargo de organismos especializados que configuran una administración de justicia especial (Guzmán, 2015, p.138), determinada no solo por el hecho de que, efectivamente, se trata de menores de edad, sino que por éste motivo, fundamentalmente, se orienta a hacer realidad, en cuanto a la niñez-adolescencia, el principio de la igualdad ante la ley

Un indicador muy importante de demostrar el respeto a los "Derechos Humanos" es la manera en que la sociedad trata a sus niños. Una sociedad respetuosa de los "Derechos Fundamentales" brinda libertad y dignidad a la niñez y formula condiciones adecuadas en las que pueda desarrollar todas las potencialidades infantiles (Menacho, 2012, p. 01).

El niño, la niña y el adolescente son personas dignas, sujetos de derechos. Por ello el artículo 1° de la Constitución Política del Perú señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Asimismo, en su artículo 4° se señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono”.

Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados americanos, ha recibido denuncias muy serias sobre situaciones que afectan los "Derechos de la niñez y la adolescencia en el Perú", entre las que se destacan: la explotación del trabajo infantil, la situación de los jóvenes infractores y los altos índices de mortalidad infantil; sin embargo nadie toma cartas en el asunto (Menacho, 2012, p. 01).

Por su parte, la Convención Sobre los Derechos del Niño define los derechos políticos, sociales, culturales y económicos de los niños, protegiéndolo de los abusos que puedan sufrir por parte de sus padres, la sociedad o el Estado. Cabe señalar que la Convención define como niño/a todo ser humano menor de 18 años. De otro lado, cuando todos los países participantes firmaron la "Convención sobre los Derechos del Niño", se comprometieron, verdaderamente, ante el mundo y no sólo de palabra, a velar por los intereses, cuidado y bienestar de los menores de edad. Cada país miembro, incluyendo el Perú, tenía que cambiar su legislación e implementar acciones concretas para que se cumplan los derechos de todos los niños y las niñas en su jurisdicción. Por esta razón, el Gobierno peruano elaboró el "Código de los Niños y Adolescentes", que se promulgó del 24 de diciembre de 1992. El mismo que se encuentra dividido en 04 libros:

1. Libro I: Derechos y libertades
2. Libro II: Sistema nacional de atención integral al niño y el adolescente
3. Libro III: Instituciones familiares
4. Libro IV: Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente

El libro III que se refiere a Instituciones Familiares, entre estas se encuentra, la figura de la Tenencia -institución familiar que será desarrollada en el siguiente capítulo y que se vincula de manera directa con el tema de desarrollo de la presente tesis. Pues, el artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes, en su inciso B), señala que: ***“En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: (...) b) El hijo menor de 03 años permanecerá con la madre”***. (el sombreado es nuestro).

Ante tal situación, y a efectos de analizar el precitado artículo lo primero que se ha de distinguir es entre custodia y patria potestad, algo que se suele confundir habitualmente. En ese

sentido, la patria potestad se asigna siempre a ambos padres, ya que se trata del conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen para sus hijos; es decir: su protección, cuidado y desarrollo. La custodia, sin embargo, se refiere a la convivencia habitual de los niños con alguno de los padres, que puede ser compartida entre ambos o, a falta de acuerdo, lo decidirá el juez (Fernández, 2017, p.1).

Recientemente la custodia de los niños era algo que se solía dar a la madre de manera tradicional, y pocos eran los padres que solicitaban la custodia compartida, siendo esta última una medida excepcional. Sin embargo, los últimos años demuestran que los padres están asumiendo cada vez más la labor de custodia, solicitando la custodia compartida; aun así, en más del 80% de los casos son las madres las que se encargan del cuidado de los niños, y tan solo en un 9% se dan las custodias compartidas, y en un 7% en exclusiva al padre, aunque como ya hemos dicho, esta es una tendencia que está cambiando (Nuevo, 2016, p.1).

En la actualidad la legislación es diferente en cada país, incluso en cada comunidad autónoma; por ejemplo, en el caso de España, en Madrid la custodia compartida es una medida excepcional, y por defecto se otorga la custodia a la madre, mientras que en Barcelona es a la inversa (Nuevo, 2016, p.1)

A la hora de enfrentarnos a este tema tan delicado, lo mejor siempre es llegar a un acuerdo previo entre las partes en beneficio de los menores. Si esto no sucede, será el juez el que decida cuál es la mejor opción para los hijos. Sin embargo y según lo prescrito en el inciso b) del artículo 84º del Código de Niños y Adolescentes, esta decisión de “*con quién se quedan los hijos luego de una separación*”, no sucede en el caso de los niños y niñas menores de 03 años; pues estos últimos siempre estarán con su mamá, no permitiendo la posibilidad que el padre también reclame la tenencia del menor en igualdad de condiciones que la madre.

En la actualidad, pareciera que los matrimonios duran cada vez menos tiempo y no es raro ver padres que se separan con hijos pequeños, a los que les espera una larga tarea de crianza por delante. Es muy importante que estos padres sepan cuáles son las reacciones más comunes de los chicos y cómo actuar.

Los progenitores que se divorcian, aun los que no querían hacerlo, sienten culpa y por lo general la culpa los vuelve incompetentes para cumplir con las funciones normativas (Meabe, 2003, p.86)

Por otro lado cuando se trata de bebés o niños pequeños, los padres creen que ellos no perciben lo que pasa en su familia y esto es un error, porque los chicos pequeños desarrollan síntomas (Meabe, 2003, p.91).

El aumento del número de divorcios en los últimos años, es una penosa realidad social. Entre el 40 y 50% de las primeras uniones terminan en separación o divorcio y la inmensa mayoría de estas personas son progenitores. Cuando la separación es un hecho y no hay vuelta atrás, tomar los recaudos necesarios para disminuir el impacto de la ruptura marital en los hijos debe ser prioridad uno para los padres. Hay dos cosas que en estas circunstancias deben saber: la primera es, nadie mejor que ellos para ayudar a sus hijos a transitar la crisis y la segunda, que para ayudar a sus hijos deben estar bien informados. El efecto reparador que produce en los niños, especialmente en los más pequeños, el mensaje dicho por ambos padres: “aunque ya no vivamos todos juntos, los dos te vamos a seguir queriendo mucho toda la vida y te vamos a seguir cuidando juntos”, no puede ser superado (Lathrop, 2008, p.56).

Investigadores de distintas especialidades han estudiado los efectos del divorcio en los niños y adolescentes, pero no se han encontrado conclusiones unánimes. Así, por ejemplo, un

estudio publicado por UNICEF señala que las consecuencias pueden ir de moderadas a graves, de transitorias a permanentes y que dependen:

1) Del grado del conflicto previo, especialmente que se involucre o no a los hijos, 2) del ejercicio o no de la coparentalidad (crianza conjunta de los hijos) y 3) de los efectos del deterioro económico y del estilo de vida que por lo general trae aparejado (Lathrop, 2008, p.63).

Las reacciones y sentimientos de los niños, frente a los divorcios de sus padres, depende de diferentes factores: edad, explicaciones recibidas, continuidad de la relación de ambos progenitores, acuerdos o desacuerdos entre los padres, grado de hostilidad entre los mismo, intervención de otros adultos o sistemas, etc. (Meabe, 2003, p.110).

En lo que respecta a los niños y niñas menores de 03 años, numerosas son las investigaciones que describen la aparición de síntomas en bebés y niños pequeños como: irritabilidad, llanto inconsolable, berrinches, hiperactividad, dificultad en el sueño, pesadillas, rechazo a la comida, dolor de estómago, Siendo que lo ideal en esta etapa es que ambos padres,

- ✓ Mantengan una relación tan “civilizada” como sea posible entre ellos y con los abuelos u otros familiares o cuidadores.
- ✓ Que el padre que no convive con el menor lo visite regularmente y de preferencia en el hogar, cuidando mantener un clima calmo durante las visitas.
- ✓ Deben expresar su cariño mediante muestras afectivas (refiérase a abrazos, caricias, besos), además de juegos.

Otro aspecto sumamente importante a tener en cuenta para el desarrollo saludable de los hijos, es que los padres deben mantener entre sí un diálogo regular, por ejemplo, una llamada telefónica semanal, que les permita compartir los progresos psico – evolutivos

y tomar conjuntamente las decisiones importantes de la vida de sus hijos. Cuando el nivel de hostilidad entre ellos no lo permite, es necesario buscar ayuda profesional para restaurar o construir el ejercicio conjunto de la parentalidad (Varsi, 2017, p. 204).

Sin embargo este supuesto ideal, en aras de salvaguardar la integridad del niño o niña menor de 03 años en el sentido de, pese a la separación, exista predisposición tanto del papá como de la mamá en llevar una relación como padres responsables a fin de ayudar al entendimiento en el proceso de separación, a sus hijos menores de 03 años; este actuar difiere tanto de la realidad social peruana, que sucede todo lo contrario; pues al momento de la separación, los padres en lo último que piensan es en el bienestar de los hijos, exponiéndolos, muchas veces, a ser parte de peleas, discusiones, reclamos y demás episodios lamentables, que sobrevienen después de la separación.

### **3.1. Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, en el inciso b) del artículo 84° del CNA**

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia.

Dicho instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3° de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y



Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarse, ¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?

Para absolver la interrogante, se debe resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el Principio del Interés Superior del Niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente. Miguel Cillero Bruñol, al respecto, expresa lo siguiente:

(...) Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra (1998, p. 108).

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica,

(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)” (Sokolich, 2013, p.81)

En relación con el tema, Manuel Miranda Estrampes (2006) sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que,

la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores.

En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor”  
(p.109).

Vale decir 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. Por tanto, 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, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales, acarrea la nulidad del fallo. En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en

atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado (Sokolich, 2013, p.84).

El Código de los Niños y Adolescentes incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar. La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la litis, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral. De acuerdo con lo expresado, cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador. (Miranda, 2006, p.109)

Debemos recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4° prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. 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 los 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.

La norma en modo alguno desconoce o niega el deber, a la vez derecho, legal y biológico de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, como manifestación expresa del ejercicio de la patria potestad, sino que determina el rol preponderante del Estado en la protección de los derechos del niño a través de políticas públicas específicas orientadas a coadyuvar a su bienestar, lo que incluye aspectos de alimentación, salud, educación, vivienda, entre otros. Debemos recordar que ante la muerte o ausencia de los padres o el incumplimiento de los roles paterno y materno, el Estado tiene la obligación de cautelar la integridad de los niños mediante la adopción de medidas de protección específicas, de acuerdo con las normas previstas por el Capítulo IX del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes.

Al desarrollar los alcances del mencionado artículo 4° de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar lo siguiente: (...) Que, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1° de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro (Miranda, 2006, p.111).

No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valor preciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto.

Adicionalmente a lo expuesto en los párrafos precedentes, es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución se establece que “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)*”, haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”.

Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes

que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.

Y es precisamente que los niños y/o niñas menores de 03 años, en particular, requieren de la aplicación de dicho principio al momento de determinarse la tenencia de estos; toda vez que en determinados casos es el padre quien se encuentra (además de acreditarlo) en condiciones óptimas y más adecuadas de crianza, en comparación de algunas madres. Por lo que la norma debería otorgar, en igual de condiciones, la posibilidad de que ambos padres o cualquiera de ellos solicite la tenencia del menor ante una separación; sin, necesariamente, entregar dicha tenencia a la madre solo por la condición, del niño (a), ser menor de 03 años. Qué sucede con la igualdad de oportunidades, con los derechos y deberes que ambos padres mantienen por igual con sus hijos.

## CAPÍTULO IV

### TENENCIA Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

#### 4.1. Tenencia

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley.

La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es , teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro. (López, 2016, p.26)

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, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. (Ling, 2011, p.56)

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

La tenencia puede resultar uno de los litigios más complejos y difíciles del derecho de familia y es porque la ley parte de ciertas premisas como son:



- ✓ El niño (a) permanecerá con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- ✓ El menor de tres años permanecerá necesariamente con la madre.
- ✓ El juez escuchara la opinión del niño y tomara en cuenta la decisión del adolescente.
- ✓ La ley prefiere siempre que los menores se queden con la madre.

Para el padre resulta muy arduo lograr una tenencia; en cambio, la situación de la madre en estos procesos es distinta parte de una situación de ventaja ya que la ley la prefiere en el caso de hijas mujeres y varones menores, pero en el devenir del proceso si la otra parte se asesoró y también acumulo pruebas puede devenir en un litigio de los más arduos que el derecho contempla, siendo que incluso muchas veces los menores son manipulados y su declaración ante el Juez que le pregunta ¿Con quién quieres quedarte? Puede ser determinante. (López, 2016, p.34)

#### 4.1.1. Diferencia con la Tutela y Patria Potestad

##### a) Con la Tutela

La tenencia se aplica solo a los padres, la tutela es la institución que protege al menor en la ausencia de los padres y se concede a los abuelos u otros familiares.

##### b) Con la Patria Potestad

La Patria Potestad es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciabile. Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente

acreditados en un proceso judicial como por ejemplo dedicar a la mendicidad a los hijos. Incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros. (López, 2016, p.43)

#### 4.1.2. Clases de Tenencia

##### a) Tenencia Provisional

La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica.

Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia. (Ling, 2011, p.61)

##### b) Tenencia de Hecho

La tenencia de hecho puede ser:

- ✓ Porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito.
- ✓ Por decisión unilateral de uno de los padres.

#### 4.1.3. Proceso de Tenencia y Régimen de Visitas

En un proceso de tenencia y régimen de visitas, el Juez va a tener en cuenta el interés superior del niño (Ling, 2011, p.69), es decir, ante todo deberá

primar el bienestar del menor. De igual modo, en lo que se refiere a la tenencia de hijos en el Perú, el Juez, podrá escuchar la opinión del niño o adolescente.

El Juez respetará en lo posible el acuerdo que hayan tomado los padres con respecto a la tenencia, sin embargo, dispondrá ante todo un Régimen de Visitas, que podría variar según la circunstancias, en protección del niño o adolescente.

### **Tenencia de Menores**

El art. 81 del Código del Niño y el Adolescente establece que cuando los padres estén separados, la tenencia de menores ya sean niños o adolescentes, se determinará de común acuerdo entre ellos y se tomará en cuenta el parecer del niño o el adolescente. En el caso no existiera acuerdo o fuera perjudicial para el menor, la tenencia tendrá que resolverla el Juez especializado, y para ello dictará las medidas necesarias para su cumplimiento.

De igual modo, el Código del Niño y el Adolescente, establece que cuando no haya acuerdo, el Juez, resolverá teniendo en cuenta: 1.-Que el hijo deberá permanecer con quien convivió mayor tiempo, siempre y cuando le sea favorable, 2.- que el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; 3.- Que para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o el adolescente, deberá señalarse un régimen de visitas.

En lo que respecta al Régimen de Visitas acordado por los padres o establecido por el Juez, muchos de los progenitores estarían incumpliendo con el mismo, dificultándole el encuentro, no cumpliendo con los horarios establecidos, indisponiendo a su hijo en contra de su

padre o madre, evitando que en días festivos como navidades pueda ver a su hijo, entre otros. En este caso, se está vulnerando los DERECHOS DEL NIÑO Y DEL PADRE O MADRE. (López, 2016, p.66)

Por otro lado, es necesario precisar, que existe una excepción en lo que concierne a la tenencia, que en el caso que el padre o madre pusiera en riesgo el bienestar del menor, como por ejemplo, exponerlo a un peligro inminente, entonces, si se tendría que tomar medidas legales urgentes al respecto.

#### **4.2. Síndrome de Alienación Parental en niños**

La primera definición que se realiza sobre esta realidad, es de Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños (Segura, Gil & Sepúlveda, 2006, P. 119)

El Síndrome de Alienación Parental o SAP, es un conjunto de síntomas, que se producen en los hijos, cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor (Nuevo, 2016, p.1).

Este proceso se reconoce como una dinámica en algunas familias divorciadas. Sin embargo, la existencia de este síndrome no ha sido aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) ni por la Asociación Americana de Psiquiatría, de momento.

Habitualmente, este fenómeno está desencadenado por uno de los progenitores respecto al otro, tras un proceso de divorcio o separación. También puede estar provocado por una persona distinta del custodio del menor (la nueva pareja, uno de los abuelos, un tío, etc).

En consecuencia, el síndrome de alienación parental (SAP) es un conjunto de síntomas que manifiestan los hijos cuando uno de los padres los manipulan sentimentalmente a través de diversas estrategias con la finalidad de que desarrollen un rechazo hacia el otro padre sin ninguna justificación. Esto ocurre normalmente en parejas separadas o divorciadas, algunos ejemplos de cómo se produce pueden ser cuando el padre tiene otra pareja y la madre le inventa a su hijo que ya no lo quiere como antes o cuando el progenitor que vive con el hijo le dice que el otro ya no lo quiere ir a ver cuando en realidad él se lo niega. Este tipo de conductas puede provocarles a los hijos, aparte de experimentar un gran rechazo hacia el otro padre, sentimientos y emociones sumamente negativas que no le permitirán encontrarse bien emocional y psicológicamente. En algunas ocasiones, el progenitor manipulador llega a destruir totalmente la relación de su hijo con el otro padre (Aguilar, 2004, p. 112). Es importante reflexionar acerca de este síndrome, ya que los hijos son los que salen más perjudicados

#### 4.2.1. Cuando el progenitor genera odio patológico en sus hijos

El progenitor alienador desarrolla un mensaje y un programa en los hijos, que normalmente se denomina 'lavado de cerebro'. Los hijos que sufren este síndrome desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado, que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos. Otras veces, sin llegar a sentir odio, el SAP provoca en los hijos un deterioro de la imagen que tienen del progenitor alienado, resultando de mucho menos valor sentimental o social que la que cualquier niño tiene y necesita de sus progenitores, es

decir, **no se sienten orgullosos de su padre o de su madre** como los demás niños (Nuevo, 2016, p.1).

#### 4.2.2. Diagnóstico del Síndrome de Alienación Parental

El síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil. Sin embargo, por los casos de maltrato (incluyendo casos de abusos) en los que judicialmente se ha alegado SAP para desacreditar el testimonio de la madre y de sus hijos víctimas de abusos, existe una resistencia por parte de los profesionales. Por esta razón, el diagnóstico diferencial del Síndrome de Alienación Parental requiere que no exista maltrato previo, psicológico o físico, a la madre y los hijos, por parte del progenitor alienado (Nuevo, 2016, p.1).

#### 4.2.3. Signos de alerta de alienación parental en los niños

Estos son algunos indicadores típicos que permitirían detectar si existen síntomas del Síndrome de Alienación Parental con maltrato:

- ✓ Insultar o desvalorizar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo cuestiones de pareja que no tienen nada que ver con el vínculo parental.
- ✓ Impedir el derecho de convivencia con sus hijos al otro progenitor.
- ✓ Implicar al entorno familiar y a los amigos en los ataques al excónyuge.
- ✓ Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor.

- ✓ Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor (basta con que los niños vean que esa actitud hace feliz a la madre o al padre, para ofrecer su dolor y así reconfortar al adulto alienador).
- ✓ Influir en los niños con mentiras sobre el otro llegando a asustarlos. En los niños, el Síndrome de Alienación Parental puede detectarse cuando intentan justificar el rechazo con explicaciones o razones absurdas e incoherentes. En ocasiones, también pueden usar diálogos o frases propias de su progenitor alienador, y palabras o comentarios impropios de su edad (Nuevo, 2016, p.1).

#### 4.2.4. Síndrome de Alienación Parental: Consecuencias

El síndrome de alienación parental puede traer muchas consecuencias a los hijos. Algunas de estas **consecuencias** que pueden aparecer son las siguientes:

- ✓ Pueden volverse sumamente retraídos, tímidos o algunos otros muy violentos.
- ✓ Se instaura en ellos un miedo exagerado al abandono.
- ✓ Pueden llegar a sufrir depresión.
- ✓ Como han convivido tanto con el progenitor manipulador, aprenden a adoptar este tipo de conducta, por lo que tienden a manipular a los padres y a las personas que los rodean.
- ✓ Muestran un bajo rendimiento escolar.
- ✓ Tienen problemas de autoestima, por lo que comienzan a carecer de amor propio.

- ✓ Aparecen en ellos sentimientos de culpabilidad.
- ✓ Con el tiempo, pueden llegar a romper la relación con ambos padres.
- ✓ En casos de mayor gravedad, pueden llegar a adoptar conductas delictivas como manera de vengarse de los padres.
- ✓ Se frustran fácilmente ante cualquier tipo de incidente o situación.
- ✓ Tienen dificultades para construir relaciones de amistad o de pareja estables (Aguilar, 2004, p. 122).

#### 4.2.5. SAP: Niveles de Intensidad

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

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



aparecer inmediatamente después de la ruptura o en periodos posteriores que pueden alcanzar varios años después, generalmente asociados a momentos concretos del nuevo ciclo evolutivo familiar (Segura, Gil & Sepúlveda, 2006, P. 122).

#### 4.2.6. Qué hacer ante el síndrome de alienación parental: Soluciones

Es fundamental para darle solución al síndrome de alienación parental que los padres tomen consciencia del profundo daño que les pueden hacer a sus hijos, ya que en la mayoría de los casos no son conscientes de las repercusiones que esto puede traerles a corto y a largo plazo.

En ocasiones, es necesario recurrir a profesionales para que actúen como intermediarios y se encarguen de vigilar y asegurar el bienestar de los hijos. Sin embargo, existen una serie de consejos y recomendaciones que se deben de tomar en cuenta cuando se ha identificado este problema y se le quiere dar solución, incluso aunque el daño ya esté hecho. Algunos de estos consejos y recomendaciones para los padres son los siguientes:

- ✓ Es necesario que el padre alienador reciba ayuda de un profesional para sanar esas heridas emocionales que probablemente tenga desde la infancia.
- ✓ Promover la mejora de la relación entre ambos progenitores. Para ello, se puede recurrir a un profesional para que puedan llevarse lo mejor posible y actuar en beneficio de los hijos.
- ✓ Mejorar la comunicación con los hijos para que tengan la confianza de expresar lo que sienten abiertamente y, así mismo, ayudarlos a superar sus miedos y resolver sus dudas.

- ✓ Cada vez que se pretenda hablar mal de la expareja, recordar el profundo daño que esto le hace a los hijos y evitar hacerlo.
- ✓ Mantener el contacto con los hijos, detectar y cubrir sus necesidades.
- ✓ Llevar a los hijos a que sean evaluados por un psicólogo para detectar sus necesidades y resolver esos conflictos internos generados por el mismo síndrome.
- ✓ Mantener claro y firme el objetivo de velar por el bienestar físico y psicológico de los hijos.
- ✓ Conversar con el padre alienador de manera pacífica e insistir para que tome consciencia del daño que le está provocando a sus hijos y mantenerse firme en cuanto a que se lleven a cabo las reglas y normas establecidas como las visitas, el contacto telefónico frecuente con ellos, el mantenerse al tanto de lo que les ocurre, etc. (Aguilar, 2004, p. 231).

#### 4.2.7. El Síndrome de Alienación Parental en la Legislación Nacional

El Síndrome de Alienación Parental, no se encuentra directamente regulada o sancionada en nuestra legislación, esa es una realidad que se verifica de la revisión de nuestra legislación vigente. Por lo tanto, existe un vacío normativo sobre la regulación jurídica de la alienación parental en nuestro país (Fernández, 2017, p. 240).

La Constitución Política del Perú, dada su naturaleza y finalidad, no es posible encontrar en ella una legislación específica, sin embargo, nos permite sí identificar los derechos materia de afectación por el Síndrome de Alienación Parental. Al respecto, es importante centrar la atención en la norma contenida

en el Artículo 1º, donde la persona humana asume un digno protagonismo. La dignidad es una condición o una cualidad de todo ser humano, es intrínseca a su ser espiritual. Desde su concepción la persona exige protección, y los otros son responsables ante ella, deben acogerla, promoverla y protegerla. Esto es imperativo en todas las etapas de su desarrollo, y con mayor énfasis en aquellas de mayor demanda, como la niñez, la adolescencia y la adultez mayor; así como en aquella que se determina por su condición de evidente vulnerabilidad.

Tal exigencia se hace específica en el caso de los hijos menores de edad, los cuales necesitan – para su desarrollo integral- vinculaciones socio afectivas fundamentales, como es el necesario y constante contacto con sus progenitores, con su familia (Pineda, 2018, p. 110). Esto surge precisamente de la patria potestad que como conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados (Vásquez, 1982, p. 9). Garantizar esa vinculación conlleva sin duda alguna al respeto irrestricto de su dignidad.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al reconocer el derecho del niño a tener una familia, así el aludido tribunal sostiene que el derecho del niño a tener una familia, es un derecho constitucional implícito y que encuentra sustento 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 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. (Cfr. STC 1817-2009-HC/ TC, fundamentos 14-15). (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2017). Tal elucubración jurídica no deja duda que el

mejor escenario para el desarrollo integral de un menor de edad es sin duda su propia familia (Pineda, 2018, p. 113).

Tal norma se complementa a su vez con la contenida en el Artículo 2 de la propia Constitución, que consagra el derecho a la identidad de toda persona y al libre desarrollo de la personalidad. De igual forma el principio de protección de la familia contenido en el artículo 4.3.

Del derecho a la vida familiar fluye a su vez, el derecho de los hijos a tener vinculación o contacto con sus progenitores. Pues si bien el estado ideal de la vida familiar es que los hijos vivan con ambos progenitores, en el caso que los progenitores se encuentren separados, corresponde en tal circunstancias que los hijos puedan tener contacto con cada uno de ellos, articulando para ello las instituciones de la tenencia compartida, y del régimen de visitas.

En la misma línea encontramos el mandato de que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...), por ser etapas del desarrollo humano que ubican a la persona en un estado de evidente vulnerabilidad. La Constitución por ello postula y ordena su protección. De ello se infiere que toda conducta, actividad o decisión que directa o indirectamente afecte los derechos de la niñez y adolescencia que agraven su dignidad, su identidad, su libre desarrollo, a vivir en un medio familiar, no solamente debe ser observado, reprochado y sancionado, sino que se debe articular un conjunto de medidas que prevengan dicha afectación.

Tanto más que esta afectación provenga de los progenitores, pues su responsabilidad les impone que ellos deben realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a

la patria potestad y, en caso de abandono, o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad (Varsi, 2012, p. 297).

En tal circunstancia, el Síndrome de Alienación Parental, que entre sus efectos genera una obstaculización de las relaciones parentales, configura un fenómeno que debe ser proscrito por incidir negativamente en el derecho a la vida familiar. Así, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares vulneran el derecho a la familia, y afecta la plena satisfacción de los derechos de la niñez, que es la esencia del principio del interés superior del niño (Pineda, 2018, p. 117).

Concluyendo en esta parte se puede afirmar que la Constitución Política del Perú contiene normas importantes que protegen a la persona humana, a la familia y a la niñez, pero estas no establecen un marco jurídico suficiente para prevenir y amparar toda situación de riesgo o de afectación de los derechos de los hijos menores de tres años, en los cuales el Síndrome de Alienación Parental puede presentarse como una situación perniciosa.

#### 4.2.8. El Código de los Niños y Adolescentes

Del análisis del Código de los Niños y Adolescentes no se aprecia un tratamiento o regulación del Síndrome de Alienación Parental, sin embargo de manera indirecta se puede inferir una regulación parcial y colateral, pues al consagrar una diversidad de derechos, niega al Síndrome de Alienación Parental como fuente generador de agravios a tales derechos de los niños, niñas

y adolescentes. Así, se tiene que la norma contenida en el artículo 84° regula la facultad del juez para que en el caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, y siempre que el niño sea menor de 03 años, será otorgado en custodia a la mamá del mismo.

Al establecer el criterio de priorización en el otorgamiento de la tenencia o custodia a favor del niño menor de 3 años, el Juez debe preferir a la madre de este último.

Esta norma es la que más se aproxima a una cercana regulación preventiva del Síndrome de Alienación Parental, sin embargo, no impone propiamente una sanción frente a su perpetración, sino una preferencia entre ambos progenitores. Asimismo, queda claro que los conflictos conyugales no deben afectar nada o muy poco a las relaciones paternas y maternas filiales. Un doble vínculo de parentabilidad vigente y dinámico permite minimizar los efectos de la separación de los padres, pero para que esto pueda ser una realidad, es necesario que ambos progenitores mantengan un buen nivel de comunicación, y de trato cordial. Lo que no previene la alienación parental pues esta surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. (Pineda, 2018, p. 120) De no mantenerse tal estado, es muy probable que los efectos negativos los tengan que asumir los hijos. Pues en la realidad se aprecia que en ocasiones, el progenitor o progenitora que posee la tenencia, no facilita el contacto del niño o niña con el otro progenitor o progenitora, o realiza acciones de obstaculización de dicho contacto y con ello afecta diversos derechos del niño o niña, lo que importa una afectación a lo prescrito en el artículo 3-A del Código de los Niños y Adolescentes. Pues es

derecho de los niños y adolescentes el recibir un buen trato y afecto, por parte de los llamados a proveerle de tales valores.

Precisamente el Síndrome de Alienación Parental se inscribe dentro de aquellas situaciones que configura una serie de conductas tendientes a aislar al otro progenitor y obstaculizar su relación con el hijo o hija menor de edad (Varsi, 2012, p. 301). En esa línea, el artículo 4° del referido Código consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a su integridad personal. El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. La norma citada establece un marco de protección al menor garantizando su integridad personal, en sus dimensiones moral, psíquica y física.

El Síndrome de Alienación Parental precisamente afecta el libre desarrollo y bienestar de un menor pues incide en su integridad moral, psíquica y física al configurar una suerte de desorden psicológico caracterizado por una conducta permanente del hijo o hija que ataca, denigra o desvalora a un progenitor, por la influencia que al respecto ejerce el otro progenitor; su salud mental, su estabilidad emocional, y en ocasiones su esfera física, pues al obstaculizarse el contacto de padre o madre que no ejerce la tenencia con el menor éste no va a querer ver a dicho progenitor, salir con él, interactuar, construir socio afectividad, y progresivamente generará sentimientos de odio, rencor, frustración, animadversión que en resumen configuran un irrespeto por parte del progenitor alienante de los derechos del hijo alienado. (Pineda, 2018, p. 123)

También se ve afectado el derecho a la identidad, consagrado en el artículo 5° del Código. Este implica forjar la identidad en el menor, y esa identidad se puede construir dinámicamente en las relaciones, comunicaciones y contacto del menor con el progenitor que no ejerce la tenencia. Es decir, el menor al tomar contacto con el progenitor que no ejerce la tenencia, vía régimen de visitas, va paulatinamente incorporando elementos como hábitos, costumbres, valores, percepciones que son ofrecidas o sugeridas por los padres, y esa incorporación va construyendo la identidad del menor. Si se obstaculiza la comunicación entre este menor y el progenitor que no ejerce la tenencia evidentemente se afecta el derecho a la identidad del menor, pues la figura (paterna o materna) no estará presente en su desarrollo psicosomático, y esa ausencia puede influir negativamente en su desarrollo integral (Pineda, 2018, p. 124). El Código de los Niños y Adolescentes también consagra el derecho de un menor de edad a vivir en familia, así la norma contenida en el artículo 85°, y ello implica que aunque la familia se encuentre desintegrada, ello no debe ser una limitante para establecer lazos familiares continuos, pues ello favorece la formación integral del niño. De la norma antes descrita se aprecia un precepto sumamente importante pues consagra el derecho natural que toda persona tiene, y más un en el caso de ser un menor de edad, que es de vivir en una familia. En ese contexto, la alienación parental se relaciona también con la afectación al derecho y libertad de opinión, así la norma contenida en el artículo 9° del Código de los Niños y Adolescentes consagra el derecho a la libertad de opinión. De ello puede afirmarse que el aislamiento y distanciamiento del menor respecto de su progenitor que no detenta la tenencia, por influencia



nefasta del progenitor que ejerce la tenencia impide al menor a formarse sus propios juicios y expresar libremente su opinión sobre la responsabilidad parental ejercida por sus progenitores. (Varsi, 2012, p. 306)

Finalmente, y no por menos importante, la presencia del Síndrome de Alienación Parental en niños y/o niñas menores de 03 años, en el supuesto que éste es generado por la madre en contra del padre, representa una causa que contradice lo dispuesto en el artículo 84° inciso b) de la precitada norma, en el sentido de demostrarse que no siempre el menor de 03 años estará mejor y/o más seguro si es criado por la madre, ante una situación de separación y/o divorcio.

## CAPÍTULO V

### LAS RAZONES JURÍDICAS QUE DEBEN FUNDAMENTAR LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 84° - INCISO B), DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Las razones jurídicas que fundamentan la necesaria modificatoria del inciso b), del artículo 84°, respecto que: “*el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre*”; vendrían a estar fundamentados en lo siguiente:

#### 5.1. Interés Superior del Niño:

##### 5.1.1. Antecedentes:

(Unicef, 2006) testimonia que la aprobación de la declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño se dio a través de la Liga de las Naciones.

Se establece que el derecho de los niños/niñas a contar con un ambiente adecuado para un adecuado desarrollo, teniendo para ello todos los medios necesarios para poder lograrlo; asimismo se deberá brindar a los mismos la asistencia necesaria cuando se encuentren en estado de necesidad, buscando para ello protegerlos en todo momento; buscando que ellos tengan una crianza apropiada que les haga tener responsabilidad social, asumiendo el estado un rol preponderante en ello.

En 1946 el consejo económico y social de las Naciones Unidas pidió actualizar la declaración de Ginebra en relación a los derechos del niño, siendo que esta propuesta tomó mayor fuerza luego que se dio la aprobación de LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, estando así, que era necesario contar con una declaración que ampliara y especificara los derechos de los niños a luz de los derechos humanos.

El 20 de noviembre de 1959 la Asamblea de Naciones Unidas, dio por aprobado la declaración de derechos del niño teniendo como base la Declaración de Ginebra,

siendo esta declaración el primer gran consenso internacional, sobre los principios fundamentales de los derechos del niño, siendo aprobado por los 78 estados miembros que integraban ese entonces la organización de Naciones Unidas.

#### 5.1.2. La Convención sobre Derechos del Niño 1989

La convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989.

La Convención reconoce que los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones; Asimismo, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana. La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención. Es también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención. Así lo estima (Unicef, 2006).

Se entiende por niño, según la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, *"a todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, teniendo en la edad al único elemento que califica su condición"* (Butrón, 2005, p. 49)

La función primordial que se le atribuye al interés superior del niño es encaminar a los operadores de justicia, llámese juez, o al Estado mismo y a la Sociedad para tomar una decisión correcta en beneficio de los intereses legítimos del menor.

Siendo pues que desde la perspectiva de la Convención, y lo que recoge nuestro estado, el interés superior del niño es una herramienta jurídica necesaria y obligatoria

para garantizar que el niño cuente con la protección y el cuidado, de la familia, de la sociedad y del Estado.

Por ello la Convención sobre los derechos de niño ha señalado cuatro principios fundamentales respecto a los niños como sujetos de protección, siendo los siguientes:

### **Interés superior del niño**

CDN. Artículo 3: “. 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.”

### **Derecho a opinar, ser oído y tenido debidamente en cuenta**

CDN. Artículo 12: “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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

### **Igualdad y no discriminación**

CDN. Artículo 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa

de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

### **El derecho a la vida y el desarrollo**

CDN. Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Estos principios envuelven derechos humanos fundamentales pero circunscritos a los niños y niñas, siendo pues que el estado debe buscar una política adecuada para su protección y cumplimiento, teniendo en cuenta que los menores se encuentran en estado de desarrollo y total indefensión, y que pueden estar propensos a cualquier vulneración.

#### 5.1.3. El Principio Jurídico del Interés Superior del Niños y Adolescentes en el Sistema Legal Peruano

El principio del Interés Superior del Niños tiene un carácter de obligatoriedad a raíz del carácter vinculante que tiene la Convención, por esa razón nuestro país está en la obligación de realizar una interpretación de los derechos del niño porque son los intereses de los niños los que se pueden verse afectados, velando por ellos en todo momento.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su Artículo 9° fija claramente lo que concierne al “Interés superior del niño y del adolescente” señalando lo siguiente: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de*

*la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.*

La Constitución Política del Perú en su artículo 4º prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

El nuestra carta magna no hace más que ratificar la obligación que tiene en primer lugar el estado peruano de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2º de la Carta Fundamental y el artículo 1º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana, la cual busca un especial y adecuado cuidado y protección por parte de las autoridades, llegando con ello a cubrir con sus necesidades vitales, lo cual genera que el menor logre una realización integral de su persona.

#### 5.1.4. Materias en las que rige el Principio

Las materias en las nuestro ordenamiento establece y van a regir el principio del Interés Superior del Niño son:

- a) Alimentos
- b) Patria Potestad,
- c) Filiación,
- d) Restitución del niño, la niña o el adolescente,
- e) Adopción,
- f) Emancipación

Además de las que se han citado, este principio envuelve cualquier circunstancia que pueda estar vinculadas con los mismos, siempre y cuando se encuentren siendo ventilados sus derechos.

La aplicación de este principio rector se dará ante el conflicto que envuelva intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, teniendo en este caso que sobresalir los derechos de aquellos que se encuentran en indefensión por su edad misma, es decir los menores, garantizando de esta manera su protección integral; respetando lo que establece y señala la Convención de los Derechos del Niño.

## 5.2. Interés Superior del Niños y Adolescentes frente a la separación legal o de hecho

La separación o rompimiento de una pareja es siempre es un tema que trae muchas complicaciones para los que ya no desean estar juntos, pero esto se acrecienta más cuando dentro de esa separación hay hijos menores de por medio.

Estos últimos suelen ser los más afectados o vulnerables, los que indirectamente sufrirán con tal o cual decisión de sus padres al separarse, en esta situación dependerá mucho la actitud y apoyo de los padres para no causarles algún perjuicio.

El encontrarse los padres en un conflicto respecto a la tenencia de los hijos menores, nuestro ordenamiento a establecido en el artículo 84° del CNA, que el Juez otorga la tenencia a uno de los progenitores que mejor garantice la tenencia del niño o niña o adolescente, y el otro tendrá el derecho de mantener constante contacto con el otro progenitor.

Siendo estos algunos de los criterios que deben ser tomados en cuenta a la hora de establecer la tenencia:

- El principio del interés superior del niño.

- Principio de que ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del hijo.
- El mayor tiempo de permanencia del hijo con uno de los padres, siempre que le sea favorable. El menor de 03 años permanecerá con la madre.
- Escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. Siempre que la misma sea libremente expresada.
- Informes multidisciplinarios y de descarte de síndrome de alienación parental.

Siendo estos criterios los usados por nuestro ordenamiento jurídico a la hora de establecer la tenencia, es así, que el menor de 03 años permanecerá con la madre, siendo este un tema muy controversial y que es materia de nuestro trabajo de investigación, al no tener un sustento adecuado porque la madre seria la beneficiaria, siendo una cuestión discriminatoria hacia el padre, además no se estaría tomando en cuenta lo que mejor le favorece al menor.

El menor debe crecer en un contexto adecuado donde se le brinde el desarrollo integral, tal y como lo establece la Convención de los Derechos del Niño, además recordemos que nuestra normatividad establece que se deben flexibilizar las normas en materia de familia, por lo que no debería ser cerrada la idea de que la madre por su condición de tal es mejor que el papá a la hora de criar a un hijo menor de 03 años.

Los niños respecto a la tenencia no deberían ser sometidos a un simple capricho normativo, hecho que quizá, sin adecuado estudio de las consecuencias que conllevaría otorgar una tenencia automática, por el simple hecho de ser mujer.

### 5.3. La Vulneración del Principio Jurídico del Interés Superior del Niños y Adolescentes

Teniendo en consideración que el Principio del Interés Superior del niño, es aquello que resulta ser favorable para el menor, se deberá tener en cuenta que tanto el padre como la madre representan dos opciones para obtener la tenencia de su hijo menor de 03 años,



no necesariamente es la madre como única alternativa lo mejor para el menor; también esa posibilidad puede presentarse con el progenitor. Por lo que el Juez, deberá tener en cuenta a ambos padres para otorgar la tenencia, así el niño o niña sea menor de 03 años.

Es evidente que la normatividad hace un balance desigual a la hora de la tenencia respecto a los hijos menores de 03 años, siendo que para que el padre logre la tenencia tendría que demostrar que el menor esta corriendo peligro en manos de su progenitora, el Juez deberá ordenar la tenencia provisional; pero tenemos que esperar que esto suceda para recién estar equiparado en igualdad de condiciones, lo cual genera que de manera directa el perjudicado sea el menor, que solo desea tener un clima apropiado para su desarrollo, y contar con el apoyo y cariño de ambos.

Al momento de establecer la tenencia debe primar EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, ante ello, queda preguntarse, con quien estará mejor el menor de 03 años, y la respuesta cae por su propio peso, con quien le sea favorable al menor; lo cual no se estaría por ningún motivo ni privando el derecho de la madre ni del padre, solo se daría un mejor filtro al Juzgador para poder evaluar de manera idónea quien esta en la mejor condición de poder hacerse con la tenencia del hijo menor de 03 años, y no caer en la idea que la madre es la única en condiciones de poder adjudicarse la tenencia.

Los derechos fundamentales de la persona humana no pueden ser por ningún motivo vulnerados ni reprimidos, el estado vela y protege ello; teniendo parte importante en ello los niños y niñas, reconociéndoles como sujetos de derecho y por lo tanto una protección especial respecto a cualquier atentado con su desarrollo integral; por lo que nuestra carta magna lo recoge de manera adecuada.

Pero esos derechos a la hora de ser efectivizados, son dejados de lado en diversas ocasiones, originando perjuicios irreparables a los menores que se ven tan vulnerables a la hora de pugnar por la tenencia por parte de los padres.

Es así que el Principio de Interés Superior del Niño envuelve muchos derechos que a nuestro criterio por la forma como se regula la tenencia del hijo menor de 03 años, están siendo vulnerados de manera irreparable, esos derechos vienen a ser:

a) A la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar

Tanto la Constitución Política del Perú como el Código de Niños y Adolescentes manifiestan que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. En consecuencia, no podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Los cuerpos normativos citados establecen un marco de protección al menor garantizando su integridad personal, en sus dimensiones moral, psíquica y física. Por lo tanto, si esta integridad se ve vulnerada o expuesta ya sea por el papá como por la mamá del menor de 03 años, en igualdad de condiciones, se deberá tomar las medidas correspondientes. Pero si la norma solo reconoce la tenencia del menor de 03 años a la madre, negando tal derecho al padre, ello no conlleva a asegurar siempre, que la madre sea la opción más segura y/o saludable para el menor; debiéndose también dar dicha oportunidad al padre; pues finalmente lo que más importa es la integridad moral, psíquica y física, así como también el libre desarrollo y bienestar del menor, ya sea bajo la tenencia de la madre o del padre.

b) A gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida

Este derecho se vincula con los anteriores, en la medida que, además de salvaguardarse la integridad moral, psíquica y física, y el libre desarrollo y bienestar del menor de 03 años, en medio de un proceso de separación de los padres; también se deberá tomar en cuenta y dar la importancia debida al ambiente (entorno social, familiar) del cual se va a rodear el menor posterior a la separación de sus padres, ambiente que deberá ser el más óptimo en aras del bienestar del menor, pudiendo ser

garantizado tanto por el padre como por la madre del menor, y no, únicamente por esta última, tal y como lo establece el inciso b) del artículo 84° del CNA, que se pretende sea modificado.

Para concluir, se deberá considerar que el contexto de la tenencia del menor de 03 años se da en medio de un entorno de separación de los padres, el mismo que, por lo general, se encuentra rodeado de tristeza, venganza, odio; ya sea del padre hacia la madre y/o viceversa, o por ambos; quedando el menor expuesto y en medio de la pelea de sus padres.

Por lo que el Juez, al momento de otorgar la tenencia del niño y/o niña menor de 03 años, deberá ordenar la evaluación psicológica tanto de la madre, como del padre y del menor, a efectos de determinarse que es lo más favorable para este último, si ir con la madre o con el padre o, en casos extremos, con ninguno de ellos. Pero no únicamente por ser un menor de 03 años, darle a “ciegas” la tenencia a la madre, porque se supone que con ella el niño estará mejor cuidado, tal y como así lo considera el inciso materia de modificatoria.

En consecuencia, del desarrollo de la presente tesis, y luego de la fundamentación jurídica respectiva, lo que se pretende es lograr la modificatoria del **inciso b) del artículo 84° del Código de Niños y Adolescentes**, en aras de lograr cumplir con uno de los principios más importantes y rectores que salvaguardar la integridad y bienestar de los menores de edad, los mismos que representan el presente y futuro de la sociedad peruana. De modo tal que la propuesta de modificatoria quedaría de la siguiente manera:

*Código de Niños y Adolescentes del Perú*

*Artículo 84°*

*En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:*

*(...)*

*b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre, **siempre que le sea favorable al menor.***

## CONCLUSIONES

1. Queda claro entonces que las razones jurídicas que deben fundamentar la modificatoria del Artículo 84° - Inciso B), del CNA, se fundamentan en la vulneración al Interés Superior del Niño como verbo rector materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, es por ello que ante cualquier tema que los vincule los operadores de justicia deberán priorizar el bienestar del menor antes que los interés ajenos.
2. El Artículo 84° - Inciso B), del Código de los Niños y Adolescentes, de manera literal nos señala que la madre sería la única beneficiaria de la tenencia del hijo menor de 3 años, pero esto no supondría que la tenencia debería ser automática, sino que debe estar supeditada al Interés del menor, en busca de un desarrollo adecuado en salvaguarda de sus derechos, por lo que, el artículo en mención debería complementarse para encajar adecuadamente con lo antes mencionado, señalando que ***la madre podría tener la tenencia del hijo menor de 3 años siempre y cuando le sea favorable al menor.***
3. El Síndrome de alienación parental busca destruir la figura de uno de los progenitores por parte del otro, valiéndose de argucias para así beneficiarse con la tenencia, ya que el menor al ser materia de un conflicto por custodia, tendrá que ser sometido a una evaluación psicológica, y de seguro arrojará un temor o apatía por el progenitor alienado, lo cual conllevará que los operadores de justicia busquen su tranquilidad entregando la tenencia al progenitor alienador.
4. De no darse la modificación del artículo materia de investigación, estaríamos siendo testigos presenciales de la vulneración a los derechos fundamentales como son la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; así como también

al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (pudiendo ser dado por el padre o madre en igualdad de condiciones); en atención al niño y/o niña menor de 03 años, debiendo primar el principio del interés Superior del Niño ante todo.

## RECOMENDACIONES

1. A futuro se debe tener en cuenta dicha modificación, ya que se ha realizado en base al análisis del artículo en mención, del cual se puede determinar que realmente existe la vulneración de derecho de los niños menor de tres años; no apreciando de manera clara el cumplimiento total del Interés Superior de Los Niños tal y como se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Se recomienda a los legisladores tener en cuenta que la razón de ser del derecho de familia, incluso de la sociedad y hasta de un Estado como tal, es el cuidado y protección que se le pueda brindar a los menores de edad para lo cual antes de emitir alguna norma o modificarla se debe hacer un estudio adecuado de las consecuencias legales de la misma y si favorece o no a lo que se desea regular; en consecuencia, se debería revisar los normativos legales relacionados a la familia, a efectos de modificar y/o suprimir, de ser necesario, aquellos artículos y/o incisos que atenten contra el buen desarrollo y estado emocional, psicológico y físico de nuestros niñas, niños y adolescentes.
3. Asimismo, se recomienda a las autoridades competentes (Ministerio de Justicia, DEMUNA, Defensoría del Pueblo, Ministerio de la Mujer, entre otros afines y competentes) que desarrollen programas de ayuda psicológica a los padres, niños y adolescentes que pasan por un proceso de separación; pues, independientemente de las causas de dicha separación y/o divorcio, el contexto durante, y posterior a esta separación, se da en medio de un clima de odio, venganza, tristeza; entre otros sentimientos que no son los más óptimos y /o favorables para ningún integrante de la familia, incluso para la sociedad como tal.

## REFERENCIAS

Abogadosdefamilia. (2008). *Tenencia y Potestad de Hijos*. Recuperado de:

<https://www.abogadodefamilia.pe/tenenciaypotestad.html>

Aguilar, J.M. (2004). *SAP – Síndrome de Alienación Parental, Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. (5ta. Ed.) Madrid, España: Editorial Almuzara.

Aguilar Llanos, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial Ediciones Legales.

Aguilar Llanos, B. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales.

Aguilar, J.M. (2004). *Síndrome de Alienación Parental: hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Córdoba: Almuzara.

Azpiri, J.O. (2005). *Juicios de divorcio vincular y separación personal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial

Barudy, J. & Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos a la infancia*. (2da. Ed.). Barcelona: Editorial Gedisa.

Borda, G. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Universal.

Buss, D. & Larsen, J.R. (2005). *Psicología de la Personalidad*. (2da. Ed.) México: Editorial MC GRAW HILL.

Butrón Fuentes, J.A.(2005). *Derecho de los Niños y Adolescentes. Teoría - legislación - Doctrina*, Lima, Perú. Universidad Católica de Santa María.

Cillero Bruñol, M. (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. Recuperado de:

<https://www.escri-net.org/es/docs/i/408745>

Cardona Llorens, J. (2012). *La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos*. Recuperado de: <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153681/140721>

Cas. N° 1961-2012-Lima emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Lima. Recuperado de:



<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f317c004a1fe7768ed2de5532545ad9/Resolucion+001961-2012-1411992048663.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f317c004a1fe7768ed2de5532545ad9>

Chunga Lamonja, F. (2002). *Derecho de Menores*. (6ta. Ed.) Lima: Editorial Grijley.

Echevarría Guevara, K.L. (2011). *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos*. (Tes. Para obtener el grado de Doctor) Universidad de Granada, España. Recuperado de: <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>

Fernández, P. (2017). *La custodia de los niños tras la separación de los padres. Cómo decidir quién tiene la custodia de los niños*. Recuperado de <https://www.guiainfantil.com/articulos/familia/divorcio/la-custodia-de-los-ninos-tras-la-separacion-de-los-padres/>

Fernández Espinoza, W. H. (2017). *La Alienación Parental como causa de variación de la Tenencia*. Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú: Editorial USMP.

Guzmán Belzú, E.J. (2015). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Justicia Especializada, Jurisdicción y Competencia*. Foro Jurídico, Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú.

Jara Quispe, R. S. & Gallegos Canales, Y. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Perú: Editorial Jurista Editores.

Kaslow F. (2006). *Familias que han experimentado un divorcio*. Chile: Editorial Mediterráneo.

Lasarte Álvarez, C. (2014). *Patria Potestad, Guarda y Custodia*. Congreso IDADFE. España: Anagrama Editorial.

Lathrop Gómez, F.E. (2008). *Custodia Compartida de los Hijos*. Madrid, España: Editorial La Ley.

Ling, F. (2011). *La tenencia en el Código del Niño y el Adolescente Perú*. Blog Jurídico.

Recuperado de:

<http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

López Revilla, V.P. (2016). *Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de Lima: Principio del interés superior del niño*. (Tes.

Para obtener el título profesional de abogado) Universidad de Huánuco, Perú.

Recuperado de:

<https://core.ac.uk/download/pdf/80293278.pdf>

Meabe, M.A. (2003). *Vivo en dos casas ¿Y qué?* Barcelona, España: Editorial La Galera

Menacho Chiok, L.P. (2012). *Código de los Niños y Adolescentes (CONAS) en las Américas*.

Recuperado de:

[www.monografias.com/trabajos26/codigos/codigos.shtml](http://www.monografias.com/trabajos26/codigos/codigos.shtml)

Miranda Estrampes, M. (2006). *La convención frente al desamparo del menor. En desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

Nuevo, F. (2016). *Síndrome de Alienación Parental en niños: Diagnóstico*. Guía Infantil.

Recuperado de:

<https://www.guiainfantil.com/1502/sindrome-de-alienacion-parental-en-ninos-diagnostico.html>

Pineda Gonzales J.A. (2018). *El Síndrome de Alienación Parental en la Legislación y Jurisprudencia Nacional*. Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Perú.

Plácido Vilcachagua, A. (2008). El derecho a cuidar y ser cuidado: La coparentalidad o tenencia compartida. Blog Jurídico. Recuperado de:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/12/05/el-derecho-a-cuidar-y-ser-cuidado-la-coparentalidad-o-tenencia-compartida/>

Segura, C, Gil M.J., & Sepúlveda M.A. (2006). *El Síndrome de Alienación Parental: una forma de maltrato infantil*. Madrid, España: Editorial Espasa.

Steffen Cáceres, M.G. (2003). *Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia*. (Tes. Para obtener el grado académico de magister en ciencias de la educación) Universidad Mayor, Chile. Recuperado de:

<https://docplayer.es/10601193-Tesis-para-optar-al-grado-academico-de-magister-en-ciencias-de-la-educacion-con-mencion-en-orientacion-familiar-relaciones-humanas-y-familia.html>

Sokolich Alva, M.I. (2013). *La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú.

Unicef.(2006).[www.unicef.org](http://www.unicef.org). *La Convención de Los Derechos del Niño y El Adolescente*. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Vasquez, J.C. (1982). *La Patria Potestad como función en el nuevo derecho de familia*. Madrid, España:

Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima, Perú: Editorial Grijley.