¿ES POSIBLE TIPIFICAR EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO DELITO AUTÓNOMO EN COLOMBIA?

Edwin Andrés Rodríguez Fonseca

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

Bogotá D.C.

2019

¿ES POSIBLE TIPIFICAR EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO DELITO AUTÓNOMO EN COLOMBIA?

Edwin Andrés Rodríguez Fonseca

Tesis de grado para la obtención del Título de Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

José Guillermo Eduardo Ferro Torres

Director

Bogotá D.C.

2019

Dedicatoria

A mi hijo, a quien amo con el corazón y me inspiró a proponer el tema abordado en este trabajo de investigación. A él, por infortunadamente ser una víctima más del Síndrome de Alienación Parental.

Contenido

INTRODUCCIÓN 6

Objetivos 13

Objetivo General 13

Objetivos específicos 13

PRIMER CAPÍTULO 15

1.1. Conceptos Generales 15

1.2. Aproximaciones al origen de la alienación parental 16

1.3. La alienación parental, una problemática jurídica 19

1.3.1. El derecho a la familia 24

1.3.2. Normas protectoras de los derechos del niño 26

SEGUNDO CAPÍTULO 29

2.1. La alienación parental como conducta punible 29

2.2. Tipicidad 29

2.2.1. Principios de mínima intervención y ultima ratio del derecho penal 35

2.3. El injusto penal – la Antijuridicidad 38

2.4. La culpabilidad 41

2.5. Delitos asociados a la alienación parental en Colombia 44

2.5.1. Los delitos de injuria, calumnia y falsa denuncia 44

2.5.2. Violencia Intrafamiliar 45

2.5.3. El delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad 47

2.6. La alienación parental en Colombia 50

2.6.1. Síntomas de la alienación parental 52

2.6.2. Consecuencias de la alienación parental 54

2.6.3. Propuesta proyecto de ley sobre la tipificación, como delito, de la alienación parental en Colombia. 55

2.6.4. Derecho comparado.....57

2.6.4.1. La alienación parental en Brasil 57

2.6.4.2. La alienación parental en Argentina.....59

2.6.4.3. La alienación parental en México 60

2.6.4.4. La alienación parental en Estados Unidos 62

2.6.5. Alienación parental en la jurisprudencia internacional 63

TERCER CAPÍTULO.....65

3.1. Funciones de la pena.....65

3.1.1. Prevención general. 67

3.1.2. Retribución justa 68

3.1.3. Prevención especial 69

3.1.4. Reinserción social 70

3.2. Incidente de reparación integral 71

CONCLUSIONES 74

BIBLIOGRAFÍA 75

INTRODUCCIÓN

«Hay más que un niño de lo que su madre ve. Hay más que un niño de lo que su padre sueña. Dentro de cada uno de nosotros reside un corazón que suena. A veces grita, se rehúsa a aceptar la derrota. Y a veces los sueños del padre no son suficientes y a veces la visión de la madre no alcanza, entonces el niño debe soñar sus propios sueños y romper nubes con sus propios rayos de luz»[1] (Behunin, 2009).

A diario, en noticias, despachos judiciales y administrativos, colegios, universidades e incluso en el seno de nuestros hogares escuchamos la frase *"Los derechos de los niños priman sobre los demás"* Sin embargo, ¿es ello del todo cierto?

La ausencia de leyes eficaces que regulen lo concerniente a una sanción penal para el padre del menor que manipule, utilice o instrumentalice a su hijo con la firme intención de ocasionarle un daño al otro progenitor ha permitido que, en no pocas ocasiones, tal objetivo se cumpla. Es de advertir, desde ahora, que en el desarrollo de este trabajo se utilizará genéricamente la palabra "*padre*" sin distinción de género, es decir, se incluirá bajo el entendido de que se trata de "*padre* o *madre"* de un menor de edad.

En el mismo sentido, la falta de una norma que castigue eficazmente al padre que realice tal atrocidad con el fin de desconocer el régimen de visitas que tiene un menor para con el padre con quien no convive, ha influido notoriamente en que quien ostente la custodia y

[1] La presente reflexión fue traducida del inglés original: *"There is more to a boy than what his mother sees. There is more to a boy then what his father dreams. Inside every boy lies a heart that beats. And sometimes it screams, refusing to take defeat. And sometimes his father's dreams aren't big enough, and sometimes his mother's vision isn't long enough. And sometimes the boy has to dream his own dreams and break through the clouds with his own sunbeams".* Se realizó con el fin de plantear literariamente, el interés superior del menor que pregona nuestro ordenamiento jurídico.

cuidado personal del niño pueda utilizarlo más fácilmente para sembrar en él sentimientos y acontecimientos no vividos, lo cual ha redundado en denuncias y procesos penales por delitos como inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, secuestro, delitos que afectan la libertad integridad y formación sexual de los menores, entre otros. Todo, motivado, por alguien que no comprende que se debe superar una relación sentimental que fracasó.

Los comportamientos familiares han sido revestidos de importancia para la constitución de la sociedad occidental (Hunter et al., 2005), dado que sin ella, no existiría un núcleo de asocio y por lo tanto no podríamos ser capaces del establecimiento de un sistema de derecho. Mucho menos podríamos hablar de un estado caracterizado principalmente por un constitucionalismo fuerte y robusto, como en el que hoy en día vivimos[2].

En virtud de ello, la humanidad ha comprendido e interiorizado la importancia del relevo generacional, no solo a un nivel biológico -y que resulta ser fascinante- (Garbisu,

[2] Tan solo por hacer mención de uno de los componentes positivos, nos referimos al artículo 42 de nuestra Constitución Política: *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.*

Amézaga, Albizu, & Alkorta, 2003), sino además en un sentido social y cultural, que permite la estabilidad de las estructuras lógicas que hemos creado.

Sobre esta premisa, propia de la sociología del conocimiento (Karl Mannheim, 1956), es que se desarrolla la presente tesis y centramos nuestra atención en los comportamientos de esas generaciones venideras, de esos niños y niñas, producto de la fecundación y que, frente a un sistema sancionatorio y constitucional, debemos (como individuos, familia y sociedad) asegurar el uso y goce de sus derechos sin más restricciones que las que nos hemos dado por la lógica y la razón, previendo siempre que estos derechos primen por encima de cualquier otro.

Así, distintos tratados de derechos humanos han sido creados para la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes (de ahora en adelante también infantes o menores), entre los que figuran, por solo mencionar algunos: el CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, mecanismo internacional pionero en establecer el interés superior del menor para prevenir la trata y tráfico de estos, o el CONVENIO SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS en el exterior que prevé la situación de abandono o migración por parte de los padres, y por tanto, de orfandad de los menores y permite, la aplicación de la normatividad interna civil, en pro de asegurar la responsabilidad alimentaria que todo padre le debe a su hijo (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, s. f.).

Evidenciamos entonces cómo el derecho se ha comportado como una respuesta eficaz frente a las problemáticas que pueden llegar a afrontar los menores. Conforme fue avanzando la sociedad, nuevos problemas jurídicos se presentaron respecto de la situación jurídica de los niños.

La inestabilidad económica y la separación de los hogares fue el apalancamiento del surgimiento del derecho de familia y que generaría ya, preocupación sobre la protección de los infantes, esta preocupación se manifestó -hasta nuestros días- mediante las sucesiones y que en épocas antiguas generaba una discrecionalidad absoluta, hasta la discriminación por género (Echeverría Esquivel & Echeverría Acuña, 2011) donde se recuerda el «*NUEVO REGLAMENTO SOBRE LAS SUCESIONES DE ESTOS REYNOS*» de 1713, cuando FELIPE V decretó la preferencia de la herencia sobre los varones a las mujeres (España, 1805) o la LEY 45 DE 1936 que establecía la diferencia entre el hijo natural y aquel nacido por el casamiento y que priorizaba la sucesión de este, hasta que en el año de 1968, mediante la LEY 75 se reformó dichas disposiciones y se permitió la inclusión de la herencia al hoy mal llamado «hijo natural», concepto que nos recuerda a las disposiciones contempladas en la LEYES DE TORO (Corte e Chancillería de la Reyna, 1505).

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas, el carácter de derechos humanos sería de especial importancia en el escenario jurídico global. La proliferación de creación de organismos internacionales para la regulación y prevención de problemas que permitiesen una nueva escalada de violencia se realizó en unos pocos años.

Aparecieron conceptos como desarrollo[3] (Sachs, 1996), calidad de vida y la preminencia del interés superior del menor y así continuar con una educación por la paz, nuevo en la sociedad.

Por ello, el concepto y las facultades tradicionales de familia varió, se otorgó la posibilidad -en ciertas latitudes- de que los infantes manifestaran su interés y debería ser obedecido, bien por orden judicial, o bien por orden administrativa.

¿Pero qué sucedería cuando no pudiese asegurárseles un ambiente sano? Y ¿qué pasaría si dicho ambiente, corrompido y malicioso, es promovido por los propios padres o representantes del menor? La importancia de esta suerte de interrogantes, la complementaría la medicina y la psicología, quienes proveerían herramientas para la utilización en casos de derecho.

Así, la observancia de su comportamiento permitiría crear patrones y diagnosticar males que le afligían a los menores, asegurando una mejor calidad de vida. La alienación parental fue uno de esos males tratados en primera instancia por la psicología.

¿Qué es la alienación parental? Es un concepto acuñado por el psiquiatra infantil americano, RICHARD GARDNER (Gardner, 1985) para describir los comportamientos -propios de un síndrome- de los niños y niñas que son influenciados, generalmente, por alguno de sus padres, con el fin de propiciar sentimientos de desconfianza, odio o rabia al otro padre -o miembro de la familia que se encuentre al cuidado del menor-, estos casos son observados tradicionalmente en situaciones de divorcio o separación.

[3] Concepto que comenzó el 20 de enero de 1949, durante la posesión de Harry S. Truman como presidente de los Estados Unidos al referirse al hemisferio sur como «áreas subdesarrolladas».

Al evidenciar que estas conductas no guardaban relación con la experiencia entre el «padre odiado» y su hijo, encontró que existe un prejuicio, motivado por las acciones del otro padre. Ello lleva al menor a tener una percepción distinta de la realidad, fabricando incluso experiencias traumáticas con tal de encontrar justificación a su odio.

Esta idea, aún en discusión científica, es la que nos hace preguntarnos si es posible tipificarla como conducta punible en el sistema legal colombiano.

Para dar suficiencia al tema, es menester realizar un estudio minucioso del tema, esto requiere el estudio de casos, de legislación -vigente o no-, mención de estudios técnicos y científicos -debido a la naturaleza del tema- y finalmente la realización de una crítica dirigida tanto al poder ejecutivo como legislativo por lo que consideramos, una omisión y falta de regulación clara al tema.

Para el lector, en el *capítulo primero* se presenta una aproximación al origen de estas conductas desde una perspectiva legal y médica. Podemos afirmar desde ya que diferentes sectores de la psiquiatría han estado a favor de incluir este síndrome dentro de un diagnóstico médico-científico, reconocido por organismos internacionales como la *Asociación Americana de Psicología* (en adelante APA por sus siglas en inglés A*merican Psychological Association)* o la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS)[4]; sin embargo, otros sectores reclaman que no se trata de un síndrome sino una situación que se puede presentar o no, en

[4] Al respecto, hay que mencionar que la OMS incluyó la alienación y enajenación de los padres dentro de su Clasificación Internacional de Enfermedades 11 (CIE-11) a partir del año 2018, tras haberse reunido cerca de 10.000 firmas para su inclusión.

casos de divorcio y que por tanto es un tema que corresponde únicamente al análisis de casos que hacen los jueces sobre ello (Llorente, 2013).

El *capítulo segundo* será de estudio de la materia penal y sus elementos para permitirnos presentar un análisis si la naturaleza de la alienación parental, permiten su tipificación. Ello significa un repaso por las escuelas y las dogmáticas penales que han calado en nuestro sistema legal, en sentido similar, describiremos las funciones de la pena para saber si es posible, aún después de cumplir los requisitos de antijuricidad o injusto, culpabilidad y tipicidad, pueda aplicarse una sanción punitiva que hoy es relegado a dos aspectos: pena de prisión y/o pena de pecuniaria -multas-.

En nuestro *último capítulo*, habremos demostrado que la alienación parental debe ser sancionada dentro de nuestro marco legal, pero de una manera que se adecúe a los tratados internacionales sobre los derechos del menor y promulgue su interés superior. Esto involucra repensar la sanción aplicada en el derecho penal de la escuela funcionalista en pro de un mejor entendimiento de las relaciones familiares.

Por lo tanto, también haremos referencia a las disposiciones civiles, y propondremos la inclusión de algunas ideas complementarias, para que, una vez concluido el proceso penal, existan opciones reales de obtener no una reparación monetaria o medible cuantitativamente, sino una corrección de la situación que se surte sobre el menor y se propicie una igualdad frente a las relaciones con sus padres.

OBJETIVOS

Objetivo general

A través del presente trabajo de investigación se pretende demostrar que el Síndrome de Alienación Parental, debido al daño que produce a la institución de la familia y al grave impacto psicológico y emocional sufrido por el menor que lo padece, debe ser incluido como delito en la legislación colombiana.

Objetivos específicos

- ✓ Analizar el origen y la evolución del Síndrome de Alienación Parental y su afectación en los derechos fundamentales que protegen el concepto de familia y los derechos del menor, a partir del planteamiento del mismo como una problemática jurídica.

- ✓ Demostrar, desde la dogmática jurídico penal, la necesidad de tipificar el Síndrome de Alienación Parental como delito, así como el tratamiento, desde ese punto de vista, que podría dársele en la legislación colombiana.

- ✓ Proponer, a partir de la teoría de la función de la pena, la clase, forma y aplicación de la sanción a imponer al padre alienador, en el evento de que el SAP fuere reconocido

como delito y luego de superar los estudios propios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad dentro de un proceso penal.

PRIMER CAPÍTULO

1.1.Conceptos generales

Para comprender mejor las palabras que conforman el tema bajo análisis es pertinente partir de las siguientes definiciones, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (2001):

- ✓ **Síndrome:** Se trata de un *"conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un estado determinado".* (RAE, 2001)
- ✓ **Alienación:** Es un *"proceso mediante el cual un individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición".* Desde el punto de vista psicológico podemos hablar de un *"estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad".* (RAE, 2001)
- ✓ **Alienante**: *"Que produce alienación psíquica o limitación de la personalidad".* (RAE, 2001)
- ✓ **Síndrome de Alienación Parental:** En este punto es obligatorio citar a quien podría decirse es el padre y máximo exponente de tal fenómeno, esto es, el Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, Richard Gardner, quien la define como: *"un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y*

de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña". (RAE, 2001)

1.2. Aproximaciones al origen de la alienación parental

Para poder hallar el punto de origen de la alienación parental, más allá de lo descrito por la literatura científica de GARDNER, es necesario comprender la coyuntura jurídica que se presenta en torno a esta discusión, la cual es la custodia de los hijos en casos de divorcio, separación de cuerpos o rompimiento de las relaciones afectivas de la pareja.

Estas situaciones, históricamente han puesto en desventaja a una de las partes de la separación. Desde el derecho arcaico romano con el establecimiento del *Pater Familias* en cabeza del varón, que podía otorgar libertad a sus esclavos y manejaba todos los asuntos relacionados con los demás miembros de su familia y ejercía poder absoluto sobre su compañera e hijos, se ha pregonado una situación de privilegio masculino.

Durante siglos, esta situación de injusto se observó en la imposición de restricciones de género, por ejemplo la prohibición de sufragio a las mujeres hasta la DECLARACIÓN DE SENTIMIENTOS y RESOLUCIONES DE *SENECA FALLS* -1848- protagonizada en Estados Unidos (Nash, 2002), o la custodia exclusiva en cabeza del varón bajo el *Common law* (Norton & Huddleston, 2012) hasta la aparición de la *doctrina de los años suaves* o «*tender years presumption*» (llamada así posteriormente) donde empezó la madre a obtener la custodia exclusiva del menor en una edad entre los 0 y 7 años.

Esta doctrina, que hace parte de los principios del derecho de familia anglosajón fue defendida por la periodista Caroline Norton en el siglo XIX, como parte de una estrategia de protección de los derechos de la mujer.

Fue, con el ACTA DE CUSTODIA DE LOS INFANTES, promulgada por el PARLAMENTO BRITÁNICO que comenzó una era de presunción de custodia para la madre que rápidamente se extendió a Estados Unidos y Europa Central (Abramowicz, 1999).

Por todo lo anterior, es dable suponer que la situación socio-jurídica de convulsión que vivimos hoy en día y la proliferación de movimientos en pro de un género (Moscatel, 2018),[5] no son nuevos (Infobae, s.f.),[6] son por tanto, una evolución fáctica y consecuencia lógica de la lucha por la igualdad; baste con observarse los acontecimientos que, a nivel global, se presentan de situaciones donde se busca una suerte de estabilidad jurídica reforzada o un mandato estatal para alguno de los padres.

Estos hechos han permitido que los fenómenos de abuso, casi siempre psicológicos en contra de los menores por parte de alguno de sus padres o familiares más cercanos, sean utilizados como retaliación en contra de quien se considera el fracaso de la relación amorosa.

Pero, *¿cómo pasó a ser una descripción de un síndrome mental a un objeto jurídico por el que hoy, distintos sectores de la política en distintos estados abogan por su inclusión*

[5] Piénsese, por ejemplo, en los colectivos feministas que han logrado hacer gala de su talento de lobby jurídico. Estas situaciones denominadas por algunos en la «era del #MeToo», llamado así por el uso del hashtag en redes sociales y que ha llevado a cambios sociales de importancia como las denuncias en el valle de Hollywood, que permitió acelerar investigaciones contra acusados por violencia, acoso y abuso, entre quienes figuraban de reconocimiento y poder económico, como el caso Weinstein.

[6] Frente a estos mismos movimientos, varios sectores de la sociedad les han reprochado el favorecer el género femenino y obviar y negar las denuncias hechas contra mujeres. Para más información

como delito? Desde la definición dada por GARDNER en 1985, ha existido en torno a la comunidad científica si debiese reconocerse como un síndrome y, por tanto, reducirse a un tratamiento médico, si se trata de un mero fenómeno social que en ocasiones se presenta y debería ser el derecho, el único interesado en dichos comportamientos, que pudiese sancionar la mala fe, o, si se deberían estudiar y aplicar las dos opciones.

Estos hechos traen de presente que no hay suficiente evidencia científica y/o empírica sobre la naturaleza de la alienación parental, por lo cual, se hace necesario un ejercicio de distinción entre aquella y el distanciamiento provocado por el abuso y violencia infligido a los menores por parte de alguno de sus padres, i.e., la utilización de medios contrarios a la ley por parte de alguno de los padres para obtener la custodia o beneficios legales derivados de esta (Doughty, Maxwell, & Slater, 2018).

Pese a esta distinción, hoy es indiscutible la influencia de los sistemas jurídicos para la protección de la salud y de los menores frente a hechos que generen un daño, una relación de las áreas de la medicina y el derecho que han permitido proteger, desde el siglo XIX, la calidad de vida de los menores dada su especial vulnerabilidad (Tomillo Urbina, 2010).

Ahora bien, que sea o no aceptada la alienación parental como un síndrome propiamente dicho para la Organización Mundial de la Salud no es el objeto del presente trabajo, sin embargo, sí es importante entender que, ante la presencia de tal situación, lo más lógico y recomendable sería acceder a un tratamiento que por lo menos disminuya las consecuencias de dicho comportamiento.

Vemos entonces cómo la protección de un hecho definido primordialmente por la psicología, ha influenciado ramas del derecho de familia, del menor e incluso permite hablar de la responsabilidad médica de psicólogos y psiquiatras.

Nos corresponde estudiar en los siguientes acápites la relación puntual y la abstracción que se pueda hacer de las conductas de alienación parental con las ramas del derecho mencionadas y describir, según los postulados del derecho penal, una posible tipificación.

1.3. La alienación parental, una problemática jurídica

Para realizar un futuro análisis jurídico penal de las conductas de alienación parental, debe hacerse primero una exposición sobre los aspectos subjetivos y objetivos de este tipo de conductas y su incidencia desde el derecho de familia hacia el derecho del niño.

En este sentido, el ideario de la protección del menor frente a los casos de divorcio y custodia ha sido recalcado por los jueces de constitucionalidad como el derecho fundamental de los menores de tener, conocer y relacionarse no solo con los progenitores, sino con otros miembros familiares a fin de desarrollar una estabilidad emocional, obligación que se encuentra en cabeza de la familia, la sociedad e incluso el Estado (García Restrepo, 2017).

Esta idea hace referencia a la protección en unidad sobre el menor, es decir que se deja de lado el interés personal y que dicha situación de custodia no puede estar sujeta a las pretensiones de los padres, sus egos o incluso la protección de otros derechos como

consecuencia del proceso de divorcio (Pardo Schlesinger, 2018) como ocurre con la deuda de alimentos del cónyuge culpable que le debe al cónyuge inocente.

¿Cómo este tema se fue afianzando al derecho? Uno de los antecedentes más importantes lo encontramos con la expedición del ACTA DE LOS MENORES DE 1989, por parte del PARLAMENTO BRITÁNICO, se incluyeron las obligaciones de los padres para alivianar las cargas de los hogares, hogares sustitutos y las Cortes. En los apartados 2 y 3 del acta, se lee que:

> *(4) La regla de que el padre es el guardián natural de su legítimo hijo, es abolida,*
>
> *(5) Más de una persona puede tener responsabilidad parental por el mismo niño al mismo tiempo,*
>
> *(6) Una persona que tenga responsabilidad parental frente a un niño en cualquier momento, no podrá cesar de su responsabilidad solo porque otra persona adquiera la misma responsabilidad sobre el menor,*
>
> *(7) Cuando quiera que más de una persona tenga responsabilidad parental sobre un niño, cada una de ellas podrán actuar de manera independiente y sin necesidad del otro; pero nada en la presenta Acta podrá ser interpretado para afectar la declaración de consentimiento en los actos que se requiera la voluntad de más de una persona y afecte directamente al menor,*
>
> *(8) El hecho de que una persona tenga responsabilidad parental por su hijo, no lo hará merecedor de actuar de ninguna manera que sea incompatible con el respeto del menor bajo los términos de la presente acta.*[7] (British Parliament, 1989)

[7] El presente texto fue traducido del inglés original de manera propia: *(4) The rule of law that a father is the natural guardian of his legitimate child is abolished. (5)More than one person may have parental responsibility for*

De esta manera, se fortaleció la protección al menor y se dispuso que en cualquier caso que se llevase de acuerdo con los procedimientos propios del derecho de familia, se debían observar reglas que le permitiesen al menor tener contacto con ambos padres o las personas que hicieran las veces de su guardián, en los casos ante los tribunales por separación.

Los casos presentados con ocasión de esta ACTA han sido encaminados siempre a lo mismo: la prevalencia superior del interés del menor y que el contacto de estos con sus padres no puede ser supeditado por razones de alienación o exclusión.

Es así, como en el caso de referencia Re[8] C[9] [2011[10]] EWCA[11] Civ[12]. 521[13] se resumieron los aspectos esenciales y las reglas a seguir en caso de separación de los padres con hijos: i) el contacto de los menores con sus padres es fundamental para entender el concepto de familia, este obedece al interés del menor; ii) solo puede cesar el contacto bajo circunstancias excepcionales y cuando no se encuentre alternativa, es decir cuando la situación de contacto y compartir afecta el bienestar del menor; iii) hay una obligación del estado y por tanto de los jueces de examinar los casos a largo plazo, indicando que si se presenta algún

---

the same child at the same time. (6)A person who has parental responsibility for a child at any time shall not cease to have that responsibility solely because some other person subsequently acquires parental responsibility for the child. (7)Where more than one person has parental responsibility for a child, each of them may act alone and without the other (or others) in meeting that responsibility; but nothing in this Part shall be taken to affect the operation of any enactment, which requires the consent of more than one person in a matter affecting the child. (8)The fact that a person has parental responsibility for a child shall not entitle him to act in any way, which would be incompatible with any order, made with respect to the child under this Act.

[8] Significa *Report,* la forma de identificación de los casos en el *commonlaw.*

[9] Como es común en muchas legislaciones, cuando los casos involucran menores se utiliza únicamente las iniciales o un seudónimo para protegerlos de la opinión pública. En este caso se trata de una menor identificada solo con la letra C. La jurisprudencia inglesa específica entre corchetes que se trata de un menor, i.e., [a child].

[10] Identifica el año en el que se resolvió el caso.

[11] Son las iniciales de *England and Wales Court of Appeal,* es decir la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales.

[12] Se refiere a *Civil Division,* es decir la Sala de Asuntos Civiles de la Corte de Apelaciones.

[13] Indica la página del volumen donde fue publicada la sentencia.

problema que pueda ser determinado como transitorio, no se deben tomar decisiones apresuradas, iv) el juez debe preguntarse si ha tomado todos los pasos necesarios para facilitar el contacto en circunstancias razonables y; v) establecer el interés superior del menor (Re C [2011], EWCA Civ 521, 2011).

En 2017, una nueva sentencia determinó que la alienación puede proceder por factores sociales y permitidos por el padre que ostenta la custodia, siendo que no se mira el interés del menor, sino los perjuicios sociales y culturales de una comunidad específica a la que se le ha obligado al menor a pertenecer. Este caso determinó que no había razón suficiente para limitar el contacto y la custodia entre los hijos de un padre transexual, miembros de la comunidad judía, pues los sentimientos de este hacia sus hijos y su ayuda económica y afectiva permanecían. (Re M (Children) 2017 EWCA Civ 2164, 2017)

Pero los aspectos jurídicos a los que se puede referir la alienación parental se encuentran también en aspectos procedimentales. En Estados Unidos, en 2016 la CORTE DE APELACIONES DEL ESTADO DE NUEVA YORK, observó que, en un caso de custodia exclusiva por parte de la madre, el menor reflejaba problemas de comportamiento y por tanto solicitaba el pago de las terapias fallidas al padre. La Corte entonces ordenó que se pusiera al menor en terapia especializada con un psiquiatra infantil antes de emitir decisión, se encontró que no existía relación alguna entre el niño y su padre debido a la actitud que había tomado la madre después de la separación, concluyendo finalmente que la terapia debía ser en pro de restablecer la relación filial. (Stebelsky v. Schleger, 2016)

Pero, los países anglosajones no son los únicos en los que se han presentado casos de alienación parental como consecuencia de una mala relación entre los padres. En México, el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, JUZGADO FAMILIAR, ha proferido distintas sentencias en las que se evidencia una predisposición de los infantes en contra de algunos de sus progenitores y que, al ser cuestionados, no encuentran justificación alguna en el maltrato como lo hubiesen pensado las autoridades regionales.

En este sentido, encontramos casos como la rabia entre dos hermanas de 8 y 12 años, quienes viven separadas, cada una con uno de sus progenitores. La menor de ellas alega que desde que su hermana mayor se mudó con su madre, ella se siente sola y ha tenido problemas en la escuela. De manera paralela, cada una manifiesta que se siente cómoda con el progenitor con el que conviven, pero guardan resentimiento en contra del otro. Evidenciamos que la alienación en este caso puede generar conflicto entre hermanas sin justificación alguna.

En otro caso, un menor de 10 años manifestó que su padre quería meter a la cárcel a su mamá, pero al preguntarle el por qué o desde hace cuánto tiempo lo ha dicho, no pudo responder, evidenciando una falta de consistencia como consecuencia de la alienación realizada por su madre. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2011)

A través de esta enunciación rápida, hemos podido comprobar que la alienación parental, no como síndrome, sino como fenómeno social y cultural, importa al derecho por las consecuencias que se pueda generar sobre los sujetos víctimas de ellos: los hijos. Pero allí no se agota la enunciación de los sujetos que pueden considerarse afectados por conductas de

alienación parental, pues el progenitor odiado o sobre el que se tienen sentimientos adversos también puede considerarse víctima, como lo explicaremos más adelante.

Nos corresponde ahora, señalar los aspectos sobre los cuales el derecho ha tenido incidencia en el estudio de la alienación parental, más allá de una mera enunciación casuística, tal y como hemos reiterado anteriormente, en el derecho de familia y en especial el campo de la filiación, de esta manera podremos determinar más aspectos para hablar de un eventual «daño» y su reparación.

1.3.1. El derecho a la familia

La positivización de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, dentro del acápite de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de nuestra Constitución, condujo a su protección institucional, mediante acciones positivas por parte del Estado y el Gobierno.

A su vez, este cambio producido por el Constituyente de 1991 supuso una integración de distintas clases de familia, rompiendo la hegemonía conceptual al respecto bajo ideas, principalmente religiosas y que habían sido caladas en el ordenamiento jurídico mediante la Constitución de 1886. (Prieto Agudelo, 2015)

Este aspecto, tratado ampliamente por la CORTE CONSTITUCIONAL ha permitido que parejas homo-afectivas reciban un trato digno e igualitario al ser reconocidas como miembros de una familia y, por tanto, miembros de la sociedad.

Pese a la controversia que esto ha generado en los sectores más conservadores de la sociedad colombiana, hemos de aclarar que nuestro tema se enfoca en la constitución de la familia, posterior a la separación de los padres. Es decir, que las familias, donde se haya optado por la adopción, vientre de alquiler o cualquier otra modalidad que no involucra la procreación directa entre los padres, pueden verse afectados por las conductas de alienación parental, en cuyos casos se requerirá el mismo tratamiento y seguridad que a los miembros de las familias «tradicionales»[14].

De esta manera, la protección que se dio a la familia trajo consigo un aspecto patrimonial ante situaciones desfavorables como la muerte de alguno de los cónyuges o compañeros permanentes, la orfandad o la muerte de alguno de los hijos.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos si las conductas de alienación parental pueden llegar a tener una repercusión económica respecto de los hijos o el padre no culpable. Para responder a lo anterior, es necesario remitirse a los conceptos del derecho civil, tales como daños, perjuicios y compensaciones.

Sin embargo, no resulta claro si el análisis que se ha hecho sobre el artículo 42 Constitucional, se preceptúa a la familia como un ente económico sobre el cual se pueda

[14] Al referirnos a familia tradicional debe entenderse como aquella constituida bajo los preceptos restrictivos que algunos doctrinantes se refieren bajo la vigencia de la Ley 294 de 1996, en la cual en su artículo 2º: *La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio […] Para los efectos de la presente Ley, integran la familia: a) Los cónyuges o compañeros permanentes; b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.* Lo anterior ignorando los pronunciamientos de la Corte Constitucional que determinan que la preposición "o" contenida en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, se refiere a la posibilidad de conformación de parejas y familias homoparentales.

disponer, en especial lo referido a una vulneración y por lo tanto se procediera a la reclamación de perjuicios o se estableciera el daño moral por su afectación.

Sí es posible establecer que sobre los individuos que conforman la familia, existe una reparación por los daños ocasionados. De esta manera sería dable suponer que puede existir una compensación económica, a modo de multa, que el derecho penal pudiese establecer al padre o familiar alineado, pero queda el interrogante de cómo separarlo de la multa que pueda darse sobre los delitos de injuria y calumnia. (Sandoval, 2013)

¿Qué sucede con el menor que fue alineado? ¿Es realmente la multa y la compensación económica la mejor forma de restitución de sus derechos? Nos inclinamos más por medidas que le permitan retomar los lazos familiares rotos y que han afectado su psique. El cómo se puede lograr esto, lo analizaremos en nuestro segundo acápite.

De la mano del derecho de familia, se desprende para el menor el goce y ejercicio de todos sus derechos sin perturbación alguna, esto significa que nada le cause un daño físico, emocional, ambiental o intelectual, por lo que se deben conjurar esfuerzos para asegurar estos.

1.3.2. Normas protectoras de los derechos del niño

Normativamente, existen preceptos de la Constitución política y, en especial, en el artículo 44 de la misma donde se reconoce al niño como titular de los derechos fundamentales (i) a la vida, (ii) a la integridad física, (iii) a la salud, (iv) a la seguridad social, (v) a la alimentación equilibrada, (vi) a un nombre, (vii) a la nacionalidad, (viii) a tener una familia y

a no ser separado de ella, (ix) a el cuidado y el amor, (x) a la educación, (xi) a la cultura, (xii) a la recreación y (xiii) a la libre expresión de su opinión.

Esta enumeración no es taxativa, pues el niño, en tanto ser humano, goza también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia. Los niños deben ser protegidos, según el mencionado artículo 44 contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Los derechos del niño, según se prevé en el último inciso del artículo 44 de la Constitución, *"prevalecen sobre los derechos de los demás"***.**

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce explícitamente al niño, entre otros, el derecho a la vida y la garantía de su supervivencia y su desarrollo (art. 6), a un nombre y nacionalidad y a ser cuidado por sus padres (art. 7), a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8), a no ser separado de sus padres (art. 9), a mantener relaciones personales y contactos con sus padres, cuando éstos residan en diferentes Estados (art. 10), a formarse un juicio propio y a expresar su opinión libremente (art. 12), a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (art. 15), a no ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia o ataques ilegales a su honra y a su reputación (art. 16), y a acceder a la información (art. 17).

Es evidente que existen normas protectoras de los derechos de los niños, pero ninguna repele el maltrato al que es sometido un menor cuando es instrumentalizado por su padre, razón suficiente para pretender que tal conducta sea tipificada como delito.

SEGUNDO CAPÍTULO

2.1 La alienación parental como conducta punible

El concepto de responsabilidad presente desde las sociedades más primitivas, primero con su referencia a la pena impuesta a través de la Ley del talión y posteriormente instituida en el derecho romano mediante el concepto de «daño», ha permitido que se interiorice una idea de reparación, que a lo largo de la historia ha variado, pero su componente pecuniario ha permanecido casi que intacto. (Sánchez, 2016)

Lo anterior, nos lleva a preguntarnos el cómo dos instituciones, entrelazadas como la sociedad y la familia, incorporan los conceptos de daño, pena y reparación. Habiendo hecho mención de los sujetos afectos de las conductas de alienación parental en nuestro acápite anterior, exploraremos los conceptos por los cuales la dogmática jurídica ha construido el concepto de delito y ver si es posible establecerse la alienación como una conducta punible, partiendo del supuesto de que, una persona sin consideración ni reparo alguno, puede influir negativamente en el menor debido a que la memoria es maleable y puede ser objeto de manipulación. (Bermeo Torres, Johan Castro, Marín Castro, 2018, p. 103)

2.2 Tipicidad

La tipicidad, en su definición propia y dogmática conforme a Welzel (1993), es la *"descripción objetiva y material de la conducta prohibida que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal"* (p. 58).

De acuerdo con la Carta Política de 1991, Colombia cómo Estado Social y de Derecho, tiene un fundamento ius-filosófico que irradia el ordenamiento jurídico, lo cual conlleva que su aspecto axiológico sea fundamental al momento de reglamentar o prohibir conductas humanas, como una finalidad propia de la sociedad moderna cimentada en el Derecho como forma de control social de la humanidad.

Bajo ese aspecto, el Estado en la conformación del ordenamiento jurídico conlleva ideales propios de dignidad, justicia, libertad e igualdad que se van materializando en la creación y formación de la norma jurídica, tanto en su axiología como en las demás fuentes formales para que la misma tenga vida, es decir, aplicación actual frente al fenómeno social que regula o propende prohibir.

En tal sentido, es el Estado quien debe mejorar las relaciones sociales de sus ciudadanos (Roxin), con base en su ordenamiento jurídico no como una forma propia de coerción sino como un instrumento que permita a los pueblos formar una conciencia jurídica, es decir, una forma de socialización de la norma jurídica en la sociedad y no como un mero instrumento de poder que nunca llega al conocimiento real de los destinatarios.

La organización de la colectividad y su consecuente evolución estatal ha permitido establecer que el poder punitivo le es inherente a su organización, garantizada por el mandato de quienes han decidido constituirla. De esta manera, el *ius puniendi* configuró el primer aspecto de la responsabilidad penal, sobre los bienes jurídicos que la sociedad y sus instituciones consideraron pertinentes para su protección.

Bajo esta premisa, debemos hacer una distinción, no solo el derecho penal es la única fuente de sanción en un Estado, las otras denominaciones del derecho conllevan la restricción de derechos y obligaciones e imposición de deberes; otra cosa es, que el derecho penal conlleve en su aplicación una afectación más grave en su forma de sanción, como la privación de la libertad y de restricciones que afectan derechos y garantías fundamentales por lo cual hay fines propios del Estado que solo se pueden lograr, mantener o garantizar con esta fuerza del derecho, la pena.

Dejando de lado, este preámbulo normativo, debemos introducirnos a las formas propias del derecho penal y de su dogmática, teniendo en cuenta que, así como la sociedad está evolucionando, aquel como forma de control social, muy pocas veces se adelanta a los sucesos sociales que van emergiendo y son susceptibles de control, sino hasta que esos fenómenos sociales afectan intereses comunes que deben ser protegidos o regulados por el Estado.

Para entender el concepto de tipicidad de una conducta, debemos comprender que el derecho penal pretende regular y evitar que determinadas conductas afecten bienes jurídicos del ordenamiento jurídico, lo que busca es la protección propia de dichos bienes que son de especial amparo del Estado, y que pueden afectar directamente el desarrollo de la sociedad que se ha alcanzado, y, en busca de la racionalización de la conducta humana, ésa es la finalidad de la norma jurídica y del Derecho en un Estado moderno.

Por ello, la estructura de la tipicidad en la alienación parental debe surgir de ese aspecto injusto e ilícito de la conducta alienante hacia el menor, para ello deben tenerse en cuenta las formas propias que ella adquiere como conductas orientadas a transformar la conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar, separar o destruir sus vínculos con el otro padre, menoscabar su imagen, instrumentalizar al menor para hacer imputaciones sobre hechos inexistentes que revisten la calidad de delito y en los cuales se acuse al otro padre, obtener beneficios económicos y en general crear en el menor esa conciencia errónea de su otro padre y por ende de su círculo familiar.

Esas conductas contrarias a derecho, son el objeto de reproche por parte del Estado, pues al incluir normas que desestimulen su práctica, protejan al menor y las prohíba a través de un mensaje funcional como es la imposición de una pena, como ultima forma del Estado para propender por sus fines, contribuirá a un desarrollo familiar del menor dentro de principios como la equidad, igualdad, justicia y la paz, promoviéndose un entorno social mejorado, pues las relaciones de los mismos no estarán cargados de odios ni de intromisiones que en otros ambientes podrían llegar a ser generadores de violencia o inclusive de enfermedades de índole mentales.

Ahora, como estamos hablando de la conducta propia sin entrar a la dogmática penal, de ese comportamiento alienante que ejerce un padre hacia el menor para utilizarlo en contra del otro, debemos hacer la ponderación de la necesidad, proporcionalidad y adecuación, ello conllevara a determinar el desvalor de dicho proceder de aquel padre que aliena a su hijo contra su otro congénere.

Conforme a lo anterior, el valor o el desvalor de la conducta alienante parental, no son las formas de realizarla o de generar la alienación en el menor, sino la evolución que el menor va a obtener en su entorno familiar, social y personal, pues si se ataca con engaños u odios a otro padre, quien pudo o no propender por su atención, ¿cómo podrá desarrollarse el menor en un ambiente social sano?, qué psicopatías podría adquirir o qué formas propias de violencia podría propiciarse en contra del padre alienado y de su familia?

Como se ha advertido, la tipificación conlleva que esos elementos de la conducta de desvalor se unifiquen en un tipo penal, y esa descripción de la conducta se valga de la gramática para establecer los verbos, los sujetos activos y pasivos de la acción, y por ende y como factor del Derecho, su sanción.

El concepto de tipicidad, más que una situación descriptiva de una conducta transgresora de derechos o de bienes jurídicos y más que una forma o formula gramatical es la relación del principio de legalidad con la misma, establecer que en realidad esa norma que prohíbe el desarrollo o la práctica de determinada conducta se establezca dentro de ese criterio legal, con sus debidas justificaciones sociales, técnicas, morales y éticas, pues, a partir de los resultados que ello arroje, es que se establece el valor ius-filosófico del ordenamiento jurídico y el desarrollo procesal del mismo para la creación de la norma dentro del Estado.

Ahora bien, de conformidad con lo normado en el Artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al congreso de la republica hacer las leyes, entre ellas, las que tipifican,

como delito, conductas y las que fijan la pena respectiva, la Corte Constitucional, ha explicado que la competencia de *"establecer los hechos punibles y determinar la jerarquía de los mismos, así como establecer las sanciones y los procedimientos aplicables a los hechos punibles radica exclusivamente en el legislador"*. (Sentencia C-301, 1999)

Por su parte, corresponde a la fiscalía general de la nación, por intermedio de sus distintos delegados, ejercer la acción penal, la cual se encuentra en consonancia con tres principios constitucionales: el derecho que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal y la independencia judicial.

Frente a la primera, basta decir que se trata de uno de los componentes más relevantes de la tutela judicial efectiva y que se materializa en el hecho de que, cuando una persona ha sufrido una lesión, tiene derecho a la reparación del daño respectivo, conforme con los bienes jurídicos que el ordenamiento penal tutela; respecto a la igualdad, se trata de la obligación con la que cuenta la fiscalía, de adelantar las investigaciones penales sin que se puedan establecer excepciones de ninguna índole en consideración a la persona objeto de la persecución penal; la independencia judicial, se refiere a la imparcialidad en las decisiones jurisdiccionales, respetando la separación de funciones de investigación y juzgamiento.

Con todo, según el planteamiento seguido en este trabajo, correspondería entonces a la Fiscalía General de la Nación, como ente persecutor debidamente facultado, iniciar y dirigir la investigación de los hechos que se pongan en su conocimiento y que revistan la calidad de

síndrome de alienación parental, garantizando, en su desarrollo, el acatamiento de principios constitucionales y legales.

2.2.1 Principios de mínima intervención y ultima ratio del derecho penal

Estos principios, propios del derecho penal, propenden porque, en ejercicio de una política criminal seria, no se creen innecesariamente tipos penales que contengan conductas o aspectos controversiales que puedan ser solucionables a través de otras jurisdicciones y, que en el evento de que se hayan agotado todas las instancias y solo quede la creación de una conducta como delito, la misma afecte mínimamente derechos fundaménteles.

El desconocimiento de esta máxima, infortunadamente ha conllevado que se propongan proyectos de ley que rayan con un flagrante populismo punitivo o con la ridiculez, como por ejemplo la norma que castigaba con prisión de 1 a 3 años a quien afirmara una falsedad o callara la verdad ante un párroco, lo cual permite que se dejen de estudiar verdaderas conductas que evidentemente deberían hacer parte del catálogo de delitos por la gravedad de la afectación y las secuelas que dejan en una persona.

Dogmáticamente, el concepto de última ratio, explica que,

"*sólo cuando otros instrumentos de control se han mostrado insuficientes, como último recurso, debe acudirse al instrumento más drástico de limitación de libertades"*, a su vez, el de mínima intervención, se manifiesta *en "tendencias reduccionistas compatibles con el principio del orden internacional público de los derechos humanos conocidos como "pro homine", que en nuestra disciplina ha recibido el nombre de*

mínima intervención, en tanto favorece el ejercicio de las libertades" (Gomez, 2015, p. 23).

La jurisprudencia indica,

La Corte considera oportuno en primer lugar advertir que no es cierto lo que plantea el actor en el sentido de que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:

i) El derecho penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del derecho penal.

ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración, debe preferir ésta a la penal,

por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

Ello permite señalar el carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos (Sentencia C-356, 2003).

En otra decisión, la Corte Suprema de Justicia destaca los principios de última ratio y mínima intervención que tiene el derecho penal aduciendo que *"lo que implica que su intervención se rija por los postulados de subsidiariedad y fragmentariedad y se excluya, como posibles objetos de protección, a lo moral, ético o político"* (Sentencia de Casación, Radicado 15514, 2004).

El objetico principal de este trabajo es, demostrar que se debe sancionar penalmente el SAP como delito autónomo a partir del análisis que para el efecto se plantea, advirtiendo desde ahora, que los principios aquí analizados no se afectan ni se desconocen con tal planteamiento si se tiene en cuenta que existe un gran número de casos penales en los que se evidencia la aparición de dicho fenómeno y, como se observará más adelante, tal conducta encuentra complicidad en el legislador precisamente por su falta de tipificación normativa.

En efecto, ninguna jurisdicción, verbigracia, ni la de familia, ni la civil cuentan con una solución firme que permita erradicar la instrumentalización de un menor de edad, por parte de uno de sus padres, para ocasionar daño al otro progenitor.

2.3 El injusto penal – la Antijuridicidad

Para entrar en este tema, debemos conceptualizar que la antijuridicidad "constituye el momento final en el que se realiza la valoración sobre el objeto previamente determinado: una conducta típica dolosa o imprudente" (Ferré Olivé y otros, 2011, p. 338), en palabras de *Ferré* la antijuridicidad supone formular un juicio de valor para comprobar si la acción típica es contraria a derecho, si se entiende que esta acción es contraria a derecho (antijurídica) será desaprobada, declarando completamente cerrado el injusto jurídico-penal.

Bajo esta conceptualización, debemos advertir si la alienación parental es o no contraria a derecho, o si afecta bienes jurídicos para establecer ese grado de lesividad para que afecte el ordenamiento jurídico y el daño antisocial, si ella se perpetua en el tiempo, en la sociedad, en la familia y en la armonía propia del menor en consonancia con el padre afectado y su círculo familiar.

Como ya se ha advertido, la alienación parental que realiza una persona sobre un hijo para desestimular la relación con el otro progenitor radica en situaciones propias de la pareja ya sea por situaciones personales, de infidelidad, económicas o por simple deseo de revancha, donde le menor es utilizado para generar en su consciencia una animadversión tendiente a destruir los vínculos con el otro y menoscabar su imagen, incluso instrumentalizar al menor para hacer imputaciones sobre hechos inexistentes que revisten la calidad de delito y en los cuales se acuse al otro padre, situaciones que agreden de manera directa al menor por su grado

de inmadurez y por antonomasia al padre objeto de la alienación, pero en situaciones puede ser por situaciones fútiles y sin relevancia y tan solo por deseos de odio o revancha.

Esta situación, transgrede derechos del menor, al ser utilizado para fines distintos en que los padres están por naturaleza destinados y conforme a la evolución social, lo que se debe buscar como padre es el determinar a sus hijos para el respeto frente a su otro progenitor, esa moral y ética con que deben actuar frente a su núcleo familiar; a su vez, esa alienación trasciende la moral y la ética, cuando el menor es utilizado para fines distintos a mantener una posición de poder dentro de una relación y conllevan al uso indiscriminado de aquel para los distintos fines del padre alienante.

Esa trascendencia, que le importa al Derecho, y que puede ser objeto de sanción por parte del Estado, surge en varios aspectos, puede ser generadora de actos de violencia del hijo hacia el padre o viceversa, o entre los mismos progenitores, puede ser determinante en el desarrollo social del menor y del padre objeto de la alienación, puede conllevar al menor a realizar acusaciones tendenciosas y/o maliciosas que pueden ser utilizadas en proceso judiciales -ya sean en materia de familia como la perdida de la patria potestad, la custodia, la fijación de cuota alimentaria y la administración de bienes del menor-.

En materia penal, se puede ver inmerso el padre objeto de alienación en procesos donde los menores son utilizados inclusive por operadores judiciales al considerar que sus manifestaciones gozan de plena credibilidad, sin preguntarse si en realidad la situación mental del menor es acorde o no con la realidad planteada en los hechos de la noticia criminal,

aunque surge un problema probatorio y este se puede suplir o no con la ayuda de otros medios de prueba, pero en muchos casos, dicho medio de demostración no existe, véase que la manifestación del menor es de tan importancia en el proceso judicial, que en delitos de un gran talante esa información que genera el menor es determinante en la decisión del Juez, y que en la actualidad es materia doctrinal, por lo cual es complejo desvirtuar sus afirmaciones por la calidad del testigo y su edad.

No obstante, esa manifestación que realiza un menor en un proceso judicial cualquiera sea su materia está sujeto a la valoración racional del Juez y de las impugnaciones que se puedan hacer, pero muchas veces no, por lo cual las mismas pueden generar un error en la psiquis del Juez y conllevarlo por un camino de ilegalidad, donde el padre objeto de la alienación siempre termina perdiendo.

Muchas veces, estas manifestaciones de los menores que son manipuladas por los padres y se convierten en el fundamento de la alienación, son advertidas por los operadores judiciales pero en la mayoría de casos por la calidad del testigo, la gravedad de la conducta o los hechos, son creíbles y por ello causan graves consecuencias jurídicas al padre objeto de la alienación, pero muchas situaciones provenientes de la alienación parental trascienden al campo jurídico y se quedan en el círculo familiar generando situaciones psicosociales que perduran en el tiempo, para el padre objeto de esa alienación puede llegar a ser una cadena perpetua.

Véase que el desprecio, el desprestigio de la imagen de un padre -o madre-, objeto de la alienación de su hijo por parte del otro progenitor, puede conllevar al menoscabo de bienes jurídicos protegidos por parte del Estado como la familia, como núcleo esencial de la sociedad, sin entrar a ejercer una función policiva o de bienestar, pues el Estado debe es regular, reglamentar, prohibir y castigar conductas que afecten la finalidad para el cual fue creado como ente jurídico y ordenador se su ciudadanía y de sus formas de convivencia por ello esa especial protección se la debe brindar a la familia y a todos sus miembros.

Al edificarse la transgresión de los bienes jurídicos por parte de la alienación parental, ejercida hacia el hijo con el fin de atacar o menoscabar al otro progenitor, podemos ver que esta conducta trasciende el ordenamiento jurídico de forma lesiva a los fundamentos propios y filosóficos del Estado Social de Derecho como forma de gestión política la establecido la sociedad colombiana en la Carta Política, por lo cual dicha conducta se vuelve antijurídica por propender a generar situaciones que afectan al menor y a la familia, situaciones que trascenderán tarde o temprano a la sociedad con sus respectivas consecuencias.

2.4 La culpabilidad

Conforme a esta categoría dogmática, de mucho debate en el mundo jurídico donde podemos remitirnos a distintas teorías tales como la psicológica y la normativa, basadas en el neokantismo y en el finalismo, podemos advertir que la culpabilidad del autor es el ineludible presupuesto de la pena, pues sirve de soporte de todo el Derecho Penal (Ferré y otros, 2011) y “su objeto de estudio son los elementos que hacen referencia al hecho delictivo” (p. 409).

Ahora, la culpabilidad es el estudio de la antijuridicidad, de la transgresión de la norma jurídica con la conducta antisocial y la desvirtualización del ordenamiento jurídico del Estado, en la protección del bien jurídico protegido que sea de especial importancia para la sociedad. Según Miguel Córdoba Angulo y Otros (2019), la culpabilidad "es un juicio de reproche realizado a un sujeto que pudiendo actuar de otra manera decide realizar una conducta típica y antijurídica, pero esta por sí sola no es suficiente para imponer un apena, es indispensable, además, desmostar que la pena es justa y necesaria" (p. 351).

De acuerdo con ello, tenemos la imputabilidad, como elemento primordial de la culpabilidad, lo que traduce en si el sujeto que realiza una conducta tiene la capacidad de autodeterminación para realizarla y lo hace bajo cognoscibilidad y voluntariedad, dado el caso, existen personas que realizan conductas bajo circunstancias mentales, para ser más específico, bajo trastornos de naturaleza psiquiátrica de carácter transitorios o permanentes, en el mundo jurídico-penal, se denominan inimputables, presentándose, entonces, situaciones de carácter probatorio y demostrativo, lo cual, si se configura, puede conllevar a la ausencia de responsabilidad por parte del autor de una conducta punible.

Esa circunstancia de la inimputabilidad, que se presenta en la persona que realiza la conducta punible directamente, como autor, para no entrar a temas de autoría, deberá demostrar dentro del proceso penal dicho estado que genero esa inimputabilidad y le impidió desarrollarse bajo el supuesto de la normalidad; por tal, para el caso el padre alienante dependiendo de su salud mental podrá o no alegar esa situación, pero por el momento, se vuelve un problema netamente probatorio.

En cuanto al segundo elemento de la culpabilidad, el conocimiento de la ilicitud de su conducta, relacionada con la imputabilidad del hecho, se parte del supuesto de autodeterminación y conocimiento de que su conducta trasgrede bines jurídicos, derecho, obligaciones o deberes. Ese conocimiento de la ilicitud radica circunstancias en cómo se desarrolla la conducta humana, ya sea de forma dolosa o imprudente (culposa), conceptos dogmáticos que complementa la teoría del delito y conllevan al estudio del tipo, claro está, eso depende de la inclinación a la escuela penal de preferencia, con sus respectivas problemáticas. Así las cosas, la alienación parental ejercida hacia un hijo, conlleva una finalidad la de menoscabar una imagen, un ideal de padre, sembrar odios y destrucción de la familia o de la forma propia del padre objeto de alienación; por ello hay conocimiento del padre que la ejerce hacia su hijo y en contra del otro progenitor; el padre alienante sabe que lo que trasmite a su hijo es falso o exagerado, o lo que induce a informar a decir o a creer, es infundado pero así lo transmite y hace que su hijo lo sostenga, que dicha alienación perdure en el tiempo para generar credibilidad de quien escuche sus manifestaciones, en dichas circunstancias no podríamos hablar de imprudencia, pues hay una voluntad de realizarla a pesar de sus consecuencias.

Para culminar con este acápite, debemos hablar de la exigibilidad de un comportamiento distinto, ese rol que ejerce el padre lo debe ejercer bajo su sentido literal, si es el generador de vida, debe aquel mantener y guiar a ese ser humano que se engendró, es claro que la afinidad de un hijo a su madre o padre puede variar, pero en la psiquis de un hijo están considerados en el mismo nivel y esto es un concepto personal.

Por ello, la exigibilidad de otro comportamiento es dable, toda vez que si los progenitores pueden determinarse como seres racionales, no hay la capacidad de alienar a sus hijos para conseguir fines personales o económicos, por motivos monetarios o fútiles o simplemente de venganza, por lo cual el padre alienante puede determinar y regular su comportamiento, también puede redirigir esta conducta, esa alienación, dejándola de realizar o absteniéndose de ella, o si la misma surge de una situación mental del padre alienante se podrá considerar inimputable, pero en todo caso la alienación parental es objetiva y conlleva a utilizar de un menor en contra del otro progenitor.

2.5 Delitos asociados a la alienación parental en Colombia

2.5.1 Los delitos de injuria, calumnia y falsa denuncia

Si tenemos en cuenta que, en muy pocas ocasiones, se producen sentencias condenatorias por los delitos de injuria, calumnia y falsa denuncia, logramos entender que promover un proceso penal acudiendo a tales tipos penales cuando se presenta una alienación parental, no soluciona en nada el problema que genera dicho fenómeno y mucho menos permite proteger el bien jurídico que se afecta, que para nuestro caso, sería la familia, esto con el agravante de que, en la práctica, es bien conocido que la mayoría de fiscales se rehúsan a imputar cargos por dichas conductas.

Ahora bien, en gracia de discusión, pensemos en un caso en el que un fiscal aceptara imputar a un padre alienador cualquiera de las conductas mencionadas cuando, de acuerdo con el marco factico de la denuncia respectiva, se pueda inferir razonablemente que es promotor

de una instrumentalización de su hijo para crear una animadversión en contra del otro padre, o, para destruir, menoscabar o dañar el vínculo familiar existente entre éste y el menor, la imputación y el proceso en sí no dejarían de ser una simple estadística, ya que, entre otras cosas, existirían salidas alternas que muy seguramente utilizaría el acusado en su favor, verbigracia, acudir a figuras como la preclusión o la aplicación de un principio de oportunidad en su favor, o, en el mejor de los casos para él, encontrarse con una sentencia absolutoria por atipicidad de la conducta, permitiendo con ello que el infractor logre su cometido y pueda continuar con su reprochable actitud.

2.5.2 Violencia Intrafamiliar

Hasta el momento, es claro que ninguno de los tipos mencionados anteriormente protege o propende por preservar el verdadero bien jurídico afectado con la aparición del SAP, como lo es la familia, pues, en el caso de los dos primeros delitos referidos se habla de la protección a la integridad moral, y en el último, a la eficaz y recta impartición de justicia, es decir, la vulneración a un derecho tan importantísimo queda por fuera de la protección penal.

Tal situación desconoce por completo el concepto y protección de la familia, derecho privilegiado desde la misma carta política en su artículo 42, y, para el caso de menores, en el artículo 44, lo que hace que sea el mismo legislativo el encargado de entrar a remediar dicha problemática, pues no es dable que se continúen presentando conductas como la aquí expuesta sin que se adopten las medidas necesarias para su proscripción, máxime si, como lo dice Jorge Alfredo Montes (2014),

> "*La familia siempre ha sido una organización diferente a todas las demás organizaciones, con relevancia propia en las distintas concepciones ideológicas; razón por la cual su reglamentación con el fin de protegerla debe ser sabia, especial y cuidadosa; con más propósitos de apoyo sobre cualquier otra motivación"* (p. 79).

El artículo 44, ibídem, refiere como derechos fundamentales de los niños, el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella y, por, sobre todo, al cuidado y al amor que se les debe deparar, así mismo, impuso el deber de velar y respetar esos derechos, a la familia, en primer término, y, subsidiariamente, a la sociedad y al Estado.

Así lo ratificó la misma Corte Constitucional:

> *[…] Siendo la familia la llamada, en principio, a otorgar al menor la asistencia, ayuda y orientaciones necesarias para que logre un desarrollo armónico e integral, sobre ella recae la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para que dicho fin se cumpla. Es decir, los padres son los primeros responsables del normal desarrollo del menor y, a ellos corresponde cumplir con los fines impuestos a la familia por la Constitución.* (Sentencia T-500, 1993).

Tales Compromisos, como se ha mencionado, son desconocidos por parte de un padre alienador, quien, al no contar con una represión por su actuar por parte del Estado, logra evadir sus responsabilidades y ocasionar un daño a su propio hijo.

2.5.3 El delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad

El artículo 230A de la Ley 599 de 2000 prescribe:

> *Artículo 230A. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

A su turno, la Sentencia C-239 del 9 de abril de 2014 proferida por la honorable corte constitucional por medio de la cual se declaró la exequibilidad de dicha norma estableció, entre otros aspectos, que, en no pocos casos, la separación de los padres de un menor puede ser traumática y que éstos pueden ser utilizados como *"…instrumento de manipulación y destrucción recíproca, con lo que se produce graves daños al niño y a sus derechos…"* (Sentencia C-239, 2014).

Cabe resaltar que en dicha oportunidad se analizó la norma desde el punto de vista del derecho que tiene un menor a compartir con el padre con quien no convive y, si, en el caso de que el otro progenitor no permitiera u obstaculizara las visitas y el contacto respectivo, se debería imponer la sanción penal allí establecida para quien realice tal conducta.

Es de advertir, en este punto, que la conducta que se sanciona es la del padre que, sin contar con la custodia y cuidado personal del menor no permita que quien sí la ostenta

la pueda ejercer en debida forma. Entonces, aquí encontramos un problema sin solución efectiva para el progenitor que no tiene dicha custodia, pues no existe una herramienta jurídica eficaz para garantizar el derecho de visitas de un menor con su padre con quien no convive, entendidas estas como *"el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo"* (Sentencia T-500, 1993), ya que, aún si se acude a las instituciones encargadas de velar por la garantía y respeto de los derechos de los menores (I.C.B.F., juzgados de familia, etc.) éstas no tienen poderes coercitivos que le permitan sancionar al padre que ejerce tal práctica, facilitando entonces que el infractor logre su cometido.

Una posible solución a tal problemática, que la da la misma jurisprudencia, es promover una acción de tutela, con el argumento de que,

"*…según lo indicado en el artículo 44 de la Constitución el mantenimiento de las relaciones personales estrechas directas y personales entre los hijos y sus padres –aun cuando éstos últimos estén separados por cualquier causa- constituye un derecho fundamental, que puede ser protegido a través de la acción de tutela"* (Sentencia T-12, 2012).

Sin embargo, ello no es del todo cierto, pues no todos los jueces constitucionales se toman la molestia de analizar un tema tan importante con la responsabilidad que se merece y profieren decisiones a la ligera negando por improcedente la acción, aduciendo que existen otros mecanismos idóneos para la protección de los derechos respectivos, no obstante, como

se indicó anteriormente, no hay medidas administrativas ni judiciales que obliguen a una persona a abstenerse de prohibir el contacto de su hijo con el otro progenitor.

Ahora bien, el delito bajo análisis fue creado por la Ley 890 de 2004 e incorporado al ordenamiento penal en el título VI que trata de los delitos contra la familia, capítulo I que habla de la violencia intrafamiliar, es decir, el legislador evidenció que un comportamiento como el descrito necesariamente afecta el núcleo familiar.

Si ello es así, si al demostrarse la existencia de alguno de los verbos incluidos en la norma y la finalidad con que se cometieron, se concluye que existe una afectación al núcleo básico de la sociedad, tenemos que decir que con mayor razón se vulnera el mismo cuando uno de los padres utiliza a su menor hijo como instrumento para hacerle daño al otro progenitor, o para satisfacer deseos de venganza o retaliación por motivos sentimentales hacia éste.

En efecto, desde el punto de vista moral y social, ambas conductas serían reprochables, sin embargo, en el segundo caso la violación de derechos y las secuelas desafortunadamente son mayores, no solo frente al menor porque es utilizado para ocasionar un daño a alguien a quien muy seguramente ama, sino también respecto al padre que resulta afectado, pues, como es lógico, es muy difícil que un ser humano se recupere de las secuelas que ello genera.

Ahora bien, con el ánimo de encontrar una alternativa legal que pudiera solucionar, castigando, la conducta del padre que infringe tercamente el derecho de visitas, se podría pensar en la inclusión de un elemento normativo en el delito de ejercicio arbitrario de la

custodia de menor de edad, en el cual se impusiera la misma sanción que allí se predica, para el padre que materialice tal conducta, como se presenta en la legislación del estado de california, en los estados unidos.

Y ello sería así, si consideramos que, estadísticamente (Dialnet, s.f.), las denuncias que se realizan por el delito contenido en el artículo 230A de nuestro estatuto penal son muy bajas comparadas con las efectuadas por las de violencia intrafamiliar, entre otras cosas, debido a que los verbos rectores allí inmersos no sancionan la conducta descrita y, en la realidad, se presenta con mayor frecuencia que un padre no permita que su hijo comparta tiempo con su otro progenitor, a que quien no cuente con la custodia del menor obstaculice el debido ejercicio de quien sí la ostenta.

2.6 La alienación parental en Colombia

En nuestro país, la alienación parental no ha tenido una evolución marcada como en otras naciones, es más, podríamos decir que es un concepto relativamente nuevo, ya que, solo hasta el año 2013, por primera vez, se realizó un estudio del tema. Efectivamente, fue la jurisprudencia originaria que trató y analizó tal fenómeno, providencia con la cual se resolvió absolver a un padre de familia acusado del delito de acceso carnal abusivo agravado al ser señalado por la madre de un hijo en común de la pareja, de abusar de éste.

En dicha decisión, respecto del SAP, se dijo que, en psicología, se conoce un síndrome al que se le denomina *"alienación parental"*, el cual, en términos generales, consiste en que, ante el evidente rechazo (separación, divorcio) por parte de un cónyuge, el otro, que se niega a aceptar ese hecho, acude, a modo de retaliación, a manipular a los hijos,

sin reparar en si les causa daño o no, en tanto lo único que le interesa es volverlos en contra de aquel, para que lo repelen y lo acusen de ser el causante del daño infligido. (Sentencia de Casación 40.455, 2013)

Posteriormente, se estableció, además, que, cuando tal fenómeno se presenta, existe la instrumentalización del menor con el ánimo de hacer daño a otro; por lo tanto, la Corte entiende que esta situación tiene incidencia directa en el testimonio del menor. (Sentencia Radicado SP 10597, 2016)

Si ello es así, si se utiliza a un menor para generar un daño a otro, si se puede considerar tal anomalía como una forma de ocasionar maltrato infantil (Bermeo Torres y Otros, 2018), entonces, nos preguntamos ¿Qué hace el Estado para atacar esa forma de violencia infantil? La respuesta sería muy sencilla, decir que se debe tipificar como delito autónomo la alienación parental en la legislación colombiana.

Éste ideal es válido para efectos del presente trabajo, si se considera, que tal como se ha mencionado a lo largo del mismo, la violencia intrafamiliar no es precisamente el tipo penal que entre a resolver el problema jurídico planteado, es más, se queda corto para si quiera entrar a estudiarlo, en palabras de Jorge Alfredo Montes (2014), *"...la novedad legislativa de la violencia intrafamiliar no ha regulado situaciones fácticas habidas de protección penal novedosas"* (p. 83).

2.6.1 Síntomas de la alienación parental

Con relación a los síntomas propios del SAP, acudiendo el listado que en tal sentido relaciona Arévalo Farfán Farfán (2017) en su tesis: *Medidas de protección contra el daño psicológico y la violencia a la mujer*, las señales que se han asociado al SAP son, en suma, los siguientes:

- Campaña de denigración, muy bien elaborada y premeditada por el progenitor "alienador", hay un accionar denominado "lavado de cerebro" cada acción del padre o madre va orientado a la siembra de ideas contrarias contra el progenitor alienado.
- Racionalización de la conducta de manera débil, absurda o frívola, una característica fundamental es que, en el síndrome de alienación parental, no hay violencia o abuso físico.
- Falta de ambivalencia: el niño, niña u adolescente víctima no identifica los aspectos positivos del padre solo los negativos.
- El fenómeno del *"pensador independiente"*: este pensador independiente es el niño víctima, que recepciona el rencor u odios hacia el otro progenitor, hace suyo los sentimientos del padre o madre alienado.
- Apoyo automático al progenitor alienante: en el conflicto entre los progenitores el niño victima da un apoyo automático y sin ningún tipo de reflexión al padre alienador.
- Falta de remordimientos por la crueldad hacia el progenitor alienado: No hay ningún tipo de remordimiento en sus manifestaciones de rencor, odio hacia el progenitor alienado.
- Extensión de la animosidad hacia la familia del progenitor alienado: el odio, rencor sentimientos de aversión del niño puede extenderse a los familiares del progenitor alienado.

- Ofensas e insultos al progenitor o progenitora alienada, en presencia del niño, niña u adolescente víctima.
- Limitaciones, Impedimentos, trabas para evitar la convivencia con sus hijos al otro padre o madre.
- Incluir a los familiares del progenitor o progenitora alienada en los ataques a la ex pareja.
- Desvalorizar o ridiculizar, el cariño del niño, niña u adolescente hacia el otro progenitor o progenitora.
- Alentar, Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro padre o madre.

Otros síntomas asociados

- El padre que controla en exceso todo cuanto hace el menor cuando está con la madre.
- El menor que empieza a experimentar una tristeza extrema, cambios de comportamiento y aversión hacia pasar tiempo o realizar actividades con el progenitor no custodio.
- El padre que ve cómo su hijo se aleja, no recibe sus mensajes, sus regalos, no usa la ropa que le compra.
- El padre alienado no es informado de actividades familiares y escolares esenciales (la primera comunión, la excursión de fin de año)

Es claro que, para que podamos inferir la presencia del SAP en un menor, no es necesario que se verifique la ocurrencia de todos los síntomas referidos, pues las solas presencias de algunos de ellos ya pueden dar por sentado que existe, ello aunado al hecho de

que el trabajo desplegado por el padre alienador no siempre se produce con la misma intensidad y todos los menores no reaccionan de igual manera ante una situación específica.

2.6.2 Consecuencias de la alienación parental

Son muchas las desafortunadas consecuencias que deja dicho fenómeno, como se ha indicado en el desarrollo de este trabajo, son casi que irreparables las secuelas que deja dicha práctica en un niño. En un menor, su utilización como instrumento de venganza o retaliación puede dejar, entre otras, los siguientes resultados:

- Lleva a la destrucción de la imagen de uno de los padres frente a los hijos.
- Los niños acumulan rabia hacía el progenitor alienado.
- Los menores llegan a experimentar problemas afectivos como la depresión, la asunción de roles y que no le corresponden a los niños y dificultades, al llegar a la adultez, para establecer relaciones de confianza con personas como la pareja o los amigos.
- Afectación Física y Psicológica en los menores involucrados.
- El menor de edad se utiliza como un trofeo a ganar en la lucha entre la pareja.
- Los niños pueden experimentar sentimientos de abandono, indefensión, rechazo y estados de ansiedad depresión, los que incluso pueden conducir a patrones patológicos, al abuso de sustancias psicoactivas, pensamientos suicidas, trastornos de ansiedad y angustia o a la falta de control de esfínteres.
- Puede ser utilizado en busca de condenas injustas en delitos como: Inasistencia Alimentaria, Violencia Intrafamiliar, Delitos contra la Libertad e integridad y formación sexual.

Como se observa, el SAP influye negativa y notoriamente en el desarrollo y crecimiento de un menor, lo peor, es que al padre alienador eso no le interesa y antepone sus intereses sobre los de su propio hijo, todo, con el ánimo de satisfacer sus mezquinos deseos.

2.6.3 Propuesta proyecto de ley sobre la tipificación, como delito, de la alienación parental en Colombia.

Reiterando, una vez más, que una de las intenciones de este trabajo es proponer que en la legislación penal colombiana se incluya como delito la alienación parental, a continuación, propongo, lo que, en mi sentir, podría ser un punto de partida o bosquejo de la forma en que se adoptaría tal tipo penal:

Proyecto de Ley

Por medio de la cual se modifica y adiciona el Código Penal (Ley 599 de 2000),

ARTÍCULO 1º. Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto prevenir, investigar y sancionar toda conducta realizada por uno de los padres de un menor de edad, encaminada a transformar su conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar, separar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, menoscabar su imagen, instrumentalizar al menor para hacer imputaciones sobre hechos inexistentes que revisten la calidad de delito y en los cuales se acuse al otro padre. Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entenderá por "*padre*" al progenitor del menor que realice tales conductas, sin distinción de género, es decir, se tendrá al padre o a la madre del menor como sujetos activos del tipo penal.

ARTÍCULO 2º. DEFINICIONES: Se entenderá por,

A) Progenitor o Padre Alienador: Al padre del menor que ejecute cualquiera de las conductas señaladas en el Artículo 1º de la presente ley.

B) Progenitor o Padre Alienado: El padre sobre quien recae las consecuencias de que se produzca la alienación parental.

C) Menor de edad: Al niño, niña o adolescente menor de 18 años de edad.

D) Alienación Parental: Es un trastorno mediante el cual uno de los progenitores del menor adelanta una campaña de difamación o denigración injustificada contra el otro, con la intención de entrabar, impedir o suprimir la relación directa y regular con su menor hijo.

ARTÍCULO 3º. El Código Penal tendrá un nuevo Artículo 230B del siguiente tenor,

"ARTÍCULO 230B. *Alienación Parental*. El padre de un menor de edad que promueva conductas orientadas a transformar su conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar, separar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, menoscabar su imagen, instrumentalizar al menor para hacer imputaciones sobre hechos inexistentes que revisten la calidad de delito y en los cuales se acuse al otro padre, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Si como consecuencia de la realización de la conducta respectiva se adelantare un proceso penal promovido por el progenitor alienador en contra del padre alienado y se llagare a demostrar que en éste tuvo injerencia dicha conducta, la pena se incrementará de una tercera parte a la mitad.

ARTÍCULO 4º. La alienación parental se podrá demostrar a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos en la ley teniendo especial cuidado en que su utilización no se afecten derechos fundamentales de niños niñas y adolescentes.

ARTICÍLO 5º. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

2.6.4 Derecho comparado

2.6.4.1 La alienación parental en Brasil

En el año 2010, el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil, aprobó mediante Ley 12318 del 26 de agosto, sancionar las conductas de alienación parental e incluyó en su Código Penal la pena de prisión a quienes impidieran el contacto o convivencia del menor con el padre alienado, texto que sin embargo fue vetado, por razones de interés público, por el entonces presidente Luiz Inácio (Lula Dasilva, 2010).

En aquella ley se establece de manera no taxativa las conductas que configuran la alienación parental tales como:

I - Realizar una campaña de descalificación sobre el comportamiento del progenitor alienado en el ejercicio de la paternidad; II - obstaculizar el ejercicio de la patria potestad; III - obstaculizar los contactos con el niño o adolescente con el progenitor alienado; IV - obstaculizar el ejercicio del derecho regulado de visitas; V - omitir deliberadamente información personal de interés para el progenitor alienado sobre el niño o adolescente, incluidos los datos educativos o médicos y cambios de dirección; VI - hacer acusaciones falsas contra el progenitor alienado, en contra de los miembros de su familia o en contra de los abuelos, con el fin de obstaculizar o hacer su interacción con el niño o adolescente más difícil; VII - cambiar la dirección a un lugar

remoto, sin justificación, con el fin de dificultar la convivencia del niño o adolescente con el progenitor alienado, con su familia o abuelos (art. 1, Lei 12.318 Congresso Nacional, 2010).

Frente a estas conductas se estableció, en cabeza del juez, la facultad de proteger al menor, una serie de medidas para la corrección y restablecimiento de sus derechos, entre las que se encuentran el pago de una multa, el inicio de terapia psicológica o incluso ordenar el cambio de custodia, pudiendo ser exclusiva del padre alienado.

Esta ley modificó la Ley 8069 (Congresso Nacional de Brasil, 1990) que dispone el estatuto del niño y del adolescente, en dónde se puede evidenciar la protección del interés superior del menor, pues, pese a la multa y la pena de cárcel establecida, se pregona por el restablecimiento de las relaciones familiares del menor.

De hecho, los casos presentados por conductas de alienación parental han sido resueltos por la competencia civil. En el caso de TJ-RS-Apelación Civil: AC70079602512 RS, el Tribunal de Justicia do Rio Grande do Sul, determinó que, pese a que la responsabilidad civil y penal constituyen esferas distintas, pero tratándose de agravios en contra de los menores, no es necesario discutir el abandono y la alienación parental por la conducta del padre que años antes había intentado constreñir a su hijo para la realización de actos libidinosos. Así, se negó el amparo del impugnante y se protegió el interés del menor, pese a la campaña difamatoria en contra del padre, que resultaba una exageración (Brasil Santos, 2019).

En los casos resueltos por el Tribunal Superior de Justicia sobre la custodia, se hace imperante la protección al menor al establecer que se debe dar la menor afectación por casos de mudanza, por lo que se ha obligado a los padres a encontrar un punto medio para el encuentro y así el menor pueda crear y fortalecer lazos con ambos padres, procurando desistir del argumento de alienación parental para no generar trauma sobre el menor (Bôas, 2017).

El caso de Brasil es sin lugar a duda *sui generis,* por ser una referencia explícita a la alienación parental en la legislación. Sin embargo, debido al veto presidencial y el tratamiento de casos en competencia jurisdiccional civil, hace que comparta similitudes con otros países, como por ejemplo la imposición de pena, no por el hecho de influenciar al menor en contra del otro padre sino por impedir su contacto, algo que resulta ser similar a nuestro contexto nacional.

Rescatemos de la legislación brasilera, el hecho de ordenar tomar medidas directas y claras, a cargo del juez para el restablecimiento del derecho del menor, generando el menor trauma, pues aquel puede ordenar exámenes psicológicos hasta tener la certeza de la situación y buscar la unidad familiar, ordenando tratamiento a los padres.

2.6.4.2 La alienación parental en Argentina

En Argentina, desde la promulgación de la ley Número 24.270, mediante la cual se configura como delito la conducta del padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, se ha establecido la responsabilidad penal

del progenitor alienador. Es decir, la legislación le ha dado a la alienación parental la importancia que merece, sacándola incluso del ámbito de lo que es propiamente legislación de familia, para insertarla dentro del catálogo de delitos, con una pena asociada a la gravedad de la acción. En efecto, dicha ley establece en su artículo primero:

> *"Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión"* (Ley 24270 de Código Penal, 1993).

Si bien es cierto, aunque podría pensarse que dicha norma lo que tipifica es la conducta del padre que no respetare el régimen de visitas con que cuenta un menor respecto al progenitor con quien no convive, lo cierto es que también se debe recordar que es a través de dicha conducta que precisamente se facilita la aparición de los síntomas de la alienación parental.

2.6.4.3 La alienación parental en México

La legislación mexicana había incluido el SAP dentro del ordenamiento civil, no solo como una conducta evitable y reprochable, sino también como una actitud propia de la violencia intrafamiliar, sin embargo, desafortunadamente, la norma a través de la cual se había incorporado a dicho estatuto, fue derogada por el decreto DMX del 4 de agosto de 2017 (Excelsior, 2017)

Tal canon, había adicionado un articulo 323 *"septimus"* al articulado original del código civil federal de México, el cual establecía: (Asamblea Legislativa del Distrito Federal - México, 2017)

[…] Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. (Asamblea Legislativa del Gobierno de México, 2013)

En México, entonces, aun cuando no se sancionaba penalmente al padre alienador, sí se le castigaba, como mínimo, suspendiéndolo de ejercer la patria potestad del menor hijo sobre quien transformaba su conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro padre, conductas que son claramente descritas como alienación parental.

2.6.4.4 La alienación parental en Estados Unidos

El estado de California, en su código de las penas, establece que "Toda persona que guarda, aleja, detiene, sustrae o esconde un hijo, y con intención maliciosa priva el que tiene la tenencia legal del ejercicio de su derecho de tenencia, o una persona de un derecho de visita, será castigado con prisión de un máximo de un año.

A su turno, en el estado de Texas, igualmente, se puede estar inmerso en una investigación por haber provocado intencionalmente un desamparo emocional a un menor.
En ambos casos, al igual que en Argentina, se sanciona la conducta de quien irrespeta el régimen de visitas de un menor con el padre con quien no reside, bajo el entendido de que el que comete tal infracción directa o indirectamente está utilizando a su hijo con el firme propósito de crear un ambiente malsano para su propio beneficio, en otras palabras, se estaría instrumentalizando al niño con un fin específico, síntoma propio de un padre alienador.

2.6.5 Alienación parental en la jurisprudencia internacional

En España, a pesar de que el SAP no está tipificado como delito, sí existen varios pronunciamientos serios y contundentes sobre la existencia de tal fenómeno, y, por redes sociales, algunas organizaciones y fundaciones promueven por que ello sea una realidad. (Martínez - ORG. Change, s.f.)

En efecto, dentro de las decisiones más relevantes sobre el tema, podemos enunciar las siguientes:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, núm. 272/2008, del 17 de abril de 2008,30 que explica, (México, Comisión Nacional-Derechos Humanos, 2011)

> *[…] Sin querer la sala pronunciarse sobre si el denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP) existe o no desde un prisma estrictamente científico, prefiere solo entrar a examinar las pericias realizadas, que a juicio del Tribunal, demuestran que la relación afectiva del progenitor con la menor fue perjudicada conscientemente por parte de la madre con una actitud condescendiente que trataba además de promover un cambio en los roles familiares permitiendo a la niña tomar decisiones que no le corresponden por su edad, creando confusión en su situación psicoafectiva y relacional.*

A su turno, la providencia proferida por la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 367/2006, del 16 de octubre de 200632 expone:

La AP estima el recurso de apelación interpuesto, concediendo a los demandantes, abuelos de la menor hija de la demandada los derechos de visitas solicitados. Recuerda la Sala que no puede impedirse sin justa causa las relaciones personales de los hijos con los abuelos constatándose en el caso de autos que las circunstancias allegadas por la demandada para negar el derecho de visita de los abuelos son claramente insuficientes y si bien el menor ha rechazado las visitas, se evidencia la existencia de un síndrome de alienación parental fomentado por la madre para indisponer al menor en contra de su padre, siendo dicha situación intolerable para el juzgado.

Es así, como se evidencia que en Europa hay una preocupación y un interés real porque conductas como las que describen el concepto de alienación parental sean sancionadas efectivamente, ello en garantía precisamente del interés superior que les asiste a los menores y considerando el grave estado de afectación que puede sufrir el mismo al ser utilizado por alguien con propósitos sórdidos.

TERCER CAPÍTULO

3.1 Funciones de la pena

Para el presente tema, que se analiza en la sede dogmática de la punibilidad, como parte integrante de la teoría del delito, y superadas las tres categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; constatado que la alienación parental puede ser considerada como un comportamiento típico, antijurídico y culpable, debemos atender a que la misma merece una pena.

Ahora, la pena no solamente surge de la necesidad propia del Estado en castigar conductas para desestimular su práctica o prohibirlas, sino que debe ejercerse ésa función punitiva, como última ratio, con la política criminal, atendiendo qué flagelos quiere controlar o castigar conforme a su fundamento ius-filosófico del momento, considerando que, su núcleo central, es decir, su población, su sociedad, va evolucionando en sus usos sociales, su política, su ideología y su moral.

Bajo lo anterior, debemos mirar si la alienación parental, esa conducta que ataca al ser más vulnerable y de especial protección dentro de la familia, el menor de edad, los hijos, puede conllevar a que sea necesaria o merecida una pena por parte del Estado, para prevenirla, regularla o prohibirla, como función propia de la pena, sin dejar de lado la resocialización del padre o su rehabilitación, o buscar una forma alternativa como situaciones accesorias a ella, como la multa, el tratamiento psicológico y la rehabilitación de las relaciones familiares a través del trabajo social o la terapia grupal o familiar.

Por ello, *"la pena sólo será aplicable si además de merecida es necesaria, es decir, cuando concurran las circunstancias determinadas pro la punibilidad"* (Ferré y Otros, 2011, p. 483); de otra parte, otro requisito de la punibilidad y de gran relevancia sustancial es la relación directa con el principio de legalidad tanto de la conducta y por ende de la pena, como parte integrante de un desarrollo procesal que como derecho humano se ha introducido en los sistemas constitucionales.

De otra parte, surge la proporcionalidad de la pena, conforme a la gravedad y la intensidad que imprima el autor al cometerla, también de las circunstancias con que se determine el tipo penal, la gramática cuenta un papel favorable y la técnica en la elaboración de la norma, pues el tipo conllevara si es *apertus* o *clausulus*, para el caso de la alienación parental como en la concepción de la mayorías de las conductas penales en el Código Penal Colombiano, su estructura se enmarca en los *numerus clausulus*, pues como forma de culpabilidad no podría considerarse la alienación parental como culposa, negligente o imprudente.

Ahora, considerar que la alienación parental, merece una pena bajo el principio de razonabilidad, es pertinente, ya que ese tipo de conducta como he argumentado, ataca bienes jurídicos de gran relevancia, como es la familia y su armonía, sus lazos afectivos, sus lazos personales, y lo que es peor, los intereses superiores del menor al generar en él la desdicha y cultivar odio hacia su otro progenitor, situaciones que deben conllevar la imposición de una pena. De conformidad con lo prescrito en nuestro ordenamiento penal, la pena cumple

funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Para empezar, debemos recordar que la palabra *"pena"* proviene del latín *"poena"*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Para la doctrina, "*se trata de la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible acorde con las pautas legales correspondientes"* (Velázquez, 2013, p. 655)

Para el desarrollo del presente trabajo, tal concepto se plantea puntualmente como la sanción justa que se debe imponer al padre alienador que promueva o incentive la aparición de la alienación parental en su hijo.

3.1.1 Prevención general

Se puede decir que es la forma en que el Estado intimida o alerta a las personas respecto de las consecuencias de hacer o no hacer algo que está prohibido o exigido, según sea el caso. En palabras de Luzón Peña, "*ve el sentido y fin de la pena, no en la influencia, sea retributiva sea correctiva o asegurativa, sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad"* (Luzon, 1976, p. 17)

Dicha forma de prevención, aplicada al delito de alienación parental propuesto en este trabajo, estaría encaminada a la persuasión a los ciudadanos para que se abstengan de promover conductas orientadas a transformar la conciencia de un menor, con el objeto de impedir, obstaculizar, separar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, menoscabar su

imagen, instrumentalizar al menor para hacer imputaciones sobre hechos inexistentes que revisten la calidad de delito y en los cuales se acuse al otro padre, so pena de ser sancionados con una pena de prisión.

Es evidente que, ante el conocimiento de una persona, de que al estar incurso en una de las conductas descritas anteriormente se hará merecedor de una pena representada en un tiempo determinado en prisión, su actitud cambiará y muy seguramente cesará o se abstendrá de continuar ejerciendo tales actos, pues, ante el temor de ser privado de su libertad, su comportamiento puede variar, cumpliéndose así la finalidad propuesta para esta clase de función. En otras palabras, ante el temor de ser castigado por la comisión de una conducta, es posible que se pueda dirigir de alguna manera el actuar de alguien, ya que, en palabras de Jacobs (1998), *la persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad* (p. 17).

3.1.2 Retribución justa

En estricto sentido, se trata de la sanción imponible al infractor de la norma, de acuerdo con la conducta desplegada y aplicando una especie de gradualidad dependiendo de la mayor o menor gravedad de afectación ocasionada con su comportamiento. Tal tópico es analizado e insertado en la sentencia que se impone al condenado, como "*un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena".* (Sentencia C-430, 1996)

Entendida, de igual forma, como una manera de negar el delito, el cual, a su vez, es producto de la negación del derecho, su aplicación, para el caso de la tipificación de la

conducta propuesta en esta tesis de grado, seria proporcional si se tiene en cuenta que se plantea una sanción de uno a tres años de prisión para la persona que realice alguna de los verbos allí descritos.

Y, se considera justa y apropiada bajo el entendido de que, a pesar de que se trata de una actitud reprochable, la sanción necesariamente será aplicada a uno de los padres de un menor de edad, es decir, estamos frente a un sujeto activo cualificado de tal característica en el tipo penal, y la aplicación de la sanción respectiva, indirectamente, resultará afectando el bien jurídico de la familia, razón suficiente para no creer que una pena superior estaría acorde con la función de la pena analizada desde esta perspectiva.

3.1.3 Prevención especial

Al igual que la prevención general, busca prevenir que se comentan más delitos, sin embargo, se diferencian en que, la especial, trata de impedir que quien ha sido condenado por la comisión de un delito, continúe con su actuar delictivo, busca que, en la medida de lo posible, no haya reincidencia en el infractor. *"Ésta no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación en que debe prevenir nuevos delitos del autor"*. (Luzon, 1976, p. 13)

La jurisprudencia, a su turno, ha referido que: *"debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo".* (Sentencia C-806, 2002)

Para nuestro caso, dicha función sería de vital importancia si lo que se pretende precisamente es buscar que el infractor de la conducta tipificada renuncie a su actuar y así poder garantizar la protección de los derechos fundamentales del menor que hayan sido vulnerados.

3.1.4 Reinserción social

La reinserción social como función de la pena, prescita en el artículo 4º del código penal, anteriormente nominada como *"resocialización"*, surge de los planteamientos que el positivismo en materia penal presentó en el siglo XIX, en ocasiones como critica a la escuela clásica y en otras oportunidades adicionando en forma selecta sus conceptualizaciones al retribucionismo propio de aquel pensamiento.

Desde la doctrina, es pertinente señalar lo que refiere José María González (2013)*"reinserción social, resocialización, reeducación social o rehabilitación social son términos que, pese a diversos matices, coinciden en la búsqueda de una readaptación por parte del recluso a la sociedad supuestamente bien estructurada"* (p. 265).

Ahora, reinserción, entendida como la acción y resultado de reinsertar, y ésta, como la acción de volver a formar parte de un conjunto, es necesaria si se considera que la sanción que se pretendería imponer a quien infrinja la norma, busca un castigo, pero, además, debe respetar este ingrediente básico como lo es la reintegración a la sociedad del penalmente responsable.

Ello no solo porque sea necesaria para el cumplimiento de los fines de la pena, sino porque se deben atender igualmente criterios de respeto a los derechos humanos tanto para la víctima como para el condenado, tal como se expuso en la Sentencia C-261 de 1996 al referir que, *"... la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado"*. (Sentencia C-261, 1996)

3.2 Incidente de reparación integral

La infracción a le ley penal, deriva, no solo una sanción de la misma índole, sino también una de carácter civil, es decir, la persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, debe responder igualmente por los daños que su conducta genere.

Ello, en aplicación correcta y legal a las aserciones contenidas en los artículos 94 del Código Penal y 2341 del Código Civil, en cuanto a que *"la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella*".

Si eso es así, vista como una forma de resarcimiento por el daño causado, a cargo del condenado, y a favor de la víctima, para el caso bajo análisis, no única ni necesariamente se estaría frente a una pretensión de carácter económico, si bien es cierto, ésta hace parte de las formas en que se puede presentar, también lo es que pasaría a un segundo plano si se considera que lo que se pretende es tratar de reparar los perjuicios ocasionados, que serían más de orden moral que pecuniario.

Ahora bien, es de bulto pensar que dicho trámite incidental no solo podría ser promovido por el padre alienado sino, por supuesto, también por el menor afectado, quien, en últimas, es la persona que más se ve afectado al ser utilizado como un instrumento, máxime, si quien lo instrumentalizó fue su propio padre. Ítem importantísimo, se creería, para tratar de acercarse a una verdadera reparación, sería la garantía de no repetición de conductas similares por parte del padre culpable.

De otro lado, el Estado, por intermedio de las instituciones especializadas para tal fin, debe igualmente ayudar y prestar la colaboración necesaria para que el menor victima supere la afectación causada, obtenga un tratamiento psicosocial adecuado y logre minimizar las consecuencias del daño, ello en aplicación al interés superior que le asiste y a que se le considera como sujeto de alta vulnerabilidad, indefensión y debilidad.

La Sentencia T-260 de 2012 explica, que, la falta de madurez física y mental de los menores, hace que estos necesiten

> *[…] protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.*
>
> *Atendiendo esta norma básica contendía en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea*

> *manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.* (Sentencia T-260, 2012)

El principio *pro–infans*, a su turno, es un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, puesto que en el evento en que se llegaren a encontrar en tensión, deberá escogerse aquella interpretación que otorgue la mayor protección y sea la más respetuosa de los derechos de los niños, entonces, es lógico que, independiente de que quien haya cometido una conducta reprochable valiéndose de un menor para tal fin, haya sido una persona del conglomerado social, el Estado debe ser llamado a activar todas las alertas y tratamientos necesarios en busca de una reparación de las secuelas ocasionadas.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se logró extraer lo siguiente:

La alienación parental ya es reconocida por la Organización Mundial de la Salud como un *"síndrome"* entendido éste como el conjunto de síntomas característicos o propios de una enfermedad, es decir, para dicha organización, ya es una enfermedad.

Las conductas propias del SAP atacan, no solo la formación e integridad de un menor, sino que también van en contravía del concepto de familia como núcleo esencial de la sociedad.

La instrumentalización de un menor, por parte de uno de sus padres, con el ánimo de sembrar sentimientos de desprecio, rabia o rechazo infundados, en contra del otro progenitor, genera consecuencias y secuelas con alto impacto psicológico sumamente negativas para el normal desarrollo del niño alienado, pues, se ve obligado a pensar y a actuar según la equivocada orientación que dirija el padre alienador.

En concordancia con el punto anterior, al no existir un procedimiento contundente a través del cual se reproche y se obtenga una sanción efectiva para quien ejerza tales comportamientos, Colombia está en mora de tipificar el síndrome de alienación parental como delito dentro de su catálogo de conductas punibles.

El Estado debe garantizar que, ante la aparición del SAP en un niño, niña o adolescente, activará todas las alertas y procedimientos necesarios a fin de contrarrestar las

secuelas que dicho comportamiento genera, y, para tal fin, debe buscar que se restablezcan sus derechos en el menor tiempo y de la mejor manera posible.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina. Presidencia de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (03 de noviembre de 1993). Ley 24270 de Código Penal. Senado y Cámara de Diputados. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/668/norma.htm.

Bermeo, T. y Otros (2018). Delitos sexuales y sus particularidades. Librería Jurídica Sánchez 1ª edición, p. 103

Brasil. Organización Internacional del Trabajo (13 de julio de 1990). Ley 8069. Por la que se establece el estatuto del niño y del adolescente, y se dictan otras disposiciones. Eliminación del trabajo infantil, protección de los niños y jóvenes. Diario Oficial, 1990-07-16, núm. 135, pp. 13563-13577

Corte Constitucional de Colombia (06 de mayo de 2003). Sentencia C-356. [MP] Jaime Araujo Rentaría. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (09 de abril de 2014). Sentencia C-239. [MP] Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (13 de junio de 1996). Sentencia C-261. [MP] Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (05 de mayo de 1999). Sentencia C-301. [MP] Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (06 de mayo de 2003). Sentencia C-356. [MP] Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentaría. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (12 de septiembre de 1996). Sentencia C-430. [MP] Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (03 de octubre de 2002). Sentencia C-806. [MP] Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (25 de abril de 2013). Sentencia de Casación 40.455. [MP] José Luis Barceló Camacho. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (27 de octubre de 2004). Sentencia de Casación, Radicado 15514. [MP] Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (03 de agosto de 2016). Sentencia Radicado SP 10597-45258. [MP]. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (20 de enero de 2012). Sentencia T-12. [MP]. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá. Recupertado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-012-12.htm.

Corte Constitucional de Colombia (29 de marzo de 2012). Sentencia T-260. [MP] Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (29 de octubre de 1993). Sentencia T-500. [MP] Jorge Arango Mejía. Bogotá. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-500-93.htm.

Corte Constitucional de Colombia (05 de mayo de 1999). Sentencia C-301. [MP]. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.

Escudero, A. M. C. (2010). Procedimiento de familia y del menor. Decimasexta edición, Editorial Leyer.

Excelsior (2017). (s.f.). Publican decreto que deroga alineación parental en Código Civil. Ciudad de México. REcuperado de https://www.excelsior.com.mx/comunidad/2017/08/04/1179649.

Ferré, O. C. y Otros (2011). Derecho Penal Colombiano parte general; Reimpresión. p. 338, 409, 483.

Gobierno de Colombia. Defensoría del Pueblo (2016). Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio.

Guerrero, P. J. (2015). Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, reimpresión. 2ª ed. Ediciones nueva jurídica.

Gunther, J. (1998). Sobre la teoría de la pena. Cuadernillos de Conferencias y Artículos No 16, Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 17.

González, G. J. M. (2013). Reinserción social en las cárceles ¿una ilusión?, Estudios de derecho penal y procesal penal. Defensoría del pueblo. p. 265.

Gobierno de México. Asamblea Legislativa (2017). Comision de Admisión y Procuraduria de Justicia. Reformas diversas del codigo civil para el Distrito Federal en materia de Síndrome de Alineación Parental. Recuperado de http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/12/asun_3649495_20171213_1512507635.pdf.

Gobierno de México. Asamblea Legislativa (2013). Comisión de Admisión y Procuraduria de Justicia. Recuperado de http://www.aldf.gob.mx/archivo-50c19b26ad980bf840fcb77050e64d22.pdf.

Gomez, P. C. A. (2015). Introducción al derecho penal constitucional. Ediciones nueva jurídica, p. 23.

Infobae (s.f.). El escándalo de Asia Argento podría representar el fin del movimiento #MeToo en Italia. Recuperado de https://www.infobae.com/america/entretenimiento/2018/08/22/el-escandalo-de-asia-argento-podria-representar-el-fin-del-movimiento-metoo-en-italia/

Instituto Colombiano de Bienestar familiar (29 de mayo de 1993). **Co**nvenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya.

Luzon, P. D. M. (1976). Problemas básicos de derecho penal. Editorial REUS S.A. Madrid, p. 13, 17.

Martínez - ORG. Change, s.f. (s.f.). Tipificar la Alienación Parental para acabar con 50.000 huérfanos de padres vivos. Recuperado de https://www.change.org/p/tipificar-la-alienación-parental-en-españa-para-acabar-con-50-000-huérfanos.

México, Comisión Nacional-Derechos Humanos (2011). Alineación Parental 2011.

Montes, S. J. A. (2014). Violencia intrafamiliar. Temas de defensa penal Tomo I, Defensoría del Pueblo p. 83.

Moscatel (2018). Los logros que obtuvo el movimiento #MeToo. *Milenio. Anuario 2018. Recuperado de* http://bit.ly/2HyUgK8. .

Real Academia Española - RAE (2001. Diccionario de la Lengua Española. Significados y definiciones. XXII Edición, Madrid.

Velázquez, V. F. (2013). Manual de derecho penal parte general. Ediciones jurídicas Andrés Morales, 4ª. ed. p. 655.

Welzel, H (1993). Derecho Penal Alemán, 4ª ed., Santiago, jurídica de Chile, p. 58.