RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	Carlos Alberto Escorcia Picón
FACULTAD	**Facultad de Educación, Artes y Humanidades**
PLAN DE ESTUDIOS	**Programa de Derecho**
DIRECTOR	Robinson Verjel Ropero
TÍTULO DE LA TESIS	**La alienación parental como delito autónomo en la legislación colombiana. Revisión desde el derecho comparado**
TITULO EN INGLES	Parental alienation as an autonomous crime in Colombian legislation. Review from comparative law

RESUMEN
(70 palabras)

A continuación se presenta un análisis jurídico a partir de la revisión en el derecho comparado que permita establecer la necesidad de tipificar la alienación parental en Colombia como mecanismos de protección a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema jurídico actual. Así mismo se realizó un análisis del derecho comparado con Brasil y Argentina donde se tipifica el delito de obstrucción o limitación al contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

RESUMEN EN INGLES

Next, a legal analysis is presented based on the comparative law review that allows establishing the need to classify parental alienation in Colombia as protection mechanisms for the fundamental rights of children and adolescents within the current legal system. Likewise, an analysis of the law was carried out compared with Brazil and Argentina, where the crime of obstruction or limitation of contact of minors with their non-living parents is typified.

PALABRAS CLAVES	Alienación parental, delitos autónomo, derecho comparado
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Parental alienation, autonomous crimes, comparative law

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 36	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

La alienación parental como delito autónomo en la legislación colombiana. Revisión desde el derecho comparado

Autor

Carlos Alberto Escorcia Picón

Facultad de Educación, Artes y Humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña

Programa de Derecho
Director

Robinson Verjel Ropero

Abogado

07 de marzo del 2023

Índice

Resumen **3**

Introducción **4**

Capítulo 1. Síndrome de alienación parental en Colombia **5**

1.1 Bases teóricas 5

1.2 Revisión en el contexto legal 8

1.2.1 Principales pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia *8*

1.2.2 Revisión normativa *11*

1.3 Tratamiento en otras legislaciones 12

1.3.1 Francia *12*

1.3.2 Italia *12*

1.3.3 España *13*

Capítulo 2. Prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el sistema jurídico colombiano **14**

2.1 Revisión constitucional 14

2.2 Criterios de prevalencia 16

2.2.1 Una mirada en el derecho internacional *16*

2.2.2 Revisión en el régimen normativo colombiano *17*

Capítulo 3. La tipificación del delito de alienación parental. Revisión desde el Derecho Comparado **21**

3.1 Tratamiento legislativo en Brasil 21

3.2 Tratamiento legislativo en Argentina 22

3.3 Colombia 22

Conclusiones **30**

Referencias **32**

Resumen

En Colombia el desarrollo del fenómeno de la alienación parental no cuenta con mayor desarrollo normativo, jurisprudencial y también teórico. Sin embargo, recientemente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento del daño hacia el menor de edad por el desdibujamiento de la figura paterna o materna, o también lo que se ha denominado como alienación parental como un criterio de imputación de responsabilidad civil.

No obstante, en materia penal, la legislación es escasa en mecanismos para demostrar y para tipificar este tipo de conductas, que como lo evidencia la misma Corte Suprema de Justicia genera una lesión a la esfera moral de los menores de edad, pero también del padre que es desdibujado por cuenta del padre encargado de la custodia y el cuidado personal.

Al respecto, la monografía propone a través del derecho comparado con Brasil y Argentina donde se tipifica el delito de obstrucción o limitación al contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Introducción

El síndrome de alienación parental ha sido definido como un síndrome, a partir de una programación realizada por uno de los padres, generándose un sentimiento de repudio hacia el otro progenitor. (Rodriguez, 2014) Dicha práctica es más común de lo se cree, y puede generar una serie de consecuencias psicológicas sobre el menor. Cuando el resultado es negativo, entonces el niño, niña o adolescente presentará alteraciones en su comportamiento, en sus sentimientos y la percepción que tiene sobre ellos, ornándose en cómplice de los actos del guardián, de aquel que posee la CU, afectando las relaciones de parentalidad del hijo con su otro progenitor.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia afirmó que este síndrome genera una serie de daños indemnizables. No obstante, en relación con las graves consecuencias que se generan al respecto moral de los padres y el ejercicio pleno de su paternidad, la legislación colombiana no tipifica este tipo de conductas como delito, a pesar de gozar los menores de edad de especial protección dentro del sistema de Estado Social de Derecho.

Bajo este cuestionamiento, se propone realizar un análisis jurídico a partir de la revisión en el derecho comparado que permita establecer la necesidad de tipificar la alienación parental en Colombia como mecanismos de protección a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema jurídico actual.

La hermenéutica jurídica será el horizonte metodológico para el desarrollo de los objetivos en el marco de la monografía jurídica y como método se ha escogido el exegético.

Capítulo 1. Síndrome de alienación parental en Colombia

1.1 Bases teóricas

Durante las últimas décadas, el divorcio se generalizó asociándose hacia el ámbito público la exposición de este tipo de conflictos, que anteriormente eran tratados de forma discreta en la intimidad del hogar. Adicionalmente, la tradicional supeditación de la mujer al hombre, fue abolida, razón por la cual, los comportamientos y desarrollo de trastornos en el núcleo familiar han venido evolucionando y trascendiendo a otros fenómenos como el Síndrome de alienación parental, (en adelante SAP), trazado en el espectro psicológico como el desdibujamiento de su progenitor por el otro, generando unos efectos dañinos en el menor.

Desde el estudio realizado por Gardner, se afirma que dicho síndrome genera un rechazo y critica constante del hijo hacia uno de sus progenitores. Dichos argumentos se presentan de forma injustificada y exagerada por la presión del padre alienante. (Vilalta & Winberg)

Asegura Howard, (2014) que el SAP se materializa mediante un conjunto de comportamientos que adopta el padre custodio para obstaculizar o entorpecer la conservación de una relación afectiva con el otro padre. Dicha patología, consiste en un grupo de conductas deliberadas para apartar al menor mediante un adoctrinamiento progresivo, que termina con el rechazo del menor hacia el padre, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de este. (Pág. 15)

Por su parte, desde otra óptica teórica, se afirma que el síndrome de Alienación Parental, es trastorno cuya manifestación principal es la denigración que realiza el niño de su progenitor, al rechazo de este, como consecuencia de la influencia del otro progenitor con la contribución de algunas características propias del menor.

Como consecuencia del SAP, se produce una serie de efectos adversos en la salud mental del menor, y evoluciona en tres niveles. El primero de ellos, es el rechazo leve, que se caracteriza por una expresión de algunos signos de desagrado en relación a los vínculos con el padre o madre, pero sin que se limite su relación o contacto con él o ella; el segundo, se conoce como un rechazo moderado, donde el menor pierde el deseo de contactarse con el padre o madre, acompañado por comportamientos negativos de rechazo injustificado; y tercero, el rechazo intenso o agudo, donde se desarrolla una profunda perturbación del hijo en relación a la comunicación con el padre alienado, y que se exterioriza mediante comportamientos violentos. Por lo general, en este nivel inexiste la posibilidad de que padre e hijo alienados puedan mantener un régimen de comunicaciones más o menos normalizado. (Tejedor, 2007)

Como trastornos del comportamiento que se derivan del SAP, han expuesto algunos estudios que se desarrollan:

Conductas agresivas: manifestadas en el nivel intenso del SAP, y se relaciona con comportamientos agresivos verbales o físicos, así como dificultad para controlar impulsos.

Conductas de evitación: este tipo de comportamientos se despliegan a través de conductas que buscan evitar enfrentarse a la visita del padre no custodio.

Utilizan lenguaje y expresiones de adultos: con frecuencia, los menores adoptan en sus lenguajes expresiones o palabras que escuchan en conversaciones de adultos. De esta forma, los niños realizan verbalizaciones que son un claro reflejo de la fuerte conflictividad que viven y de la postura que han tomado en el conflicto.

Dependencia emocional: este tipo de conductas se desarrollan debido a que tras hacerles creer a los menores que fueron abandonados por el otro progenitor, se desarrolla esta dependencia con el padre alienante. Bajo este trastorno, se les inculca que deben odiar a uno para ser querido y aceptado por el otro.

Dificultades en la expresión y comprensión de las emociones: este tipo de efectos nocivos, se desarrolla bajo la expresión de sus emociones de manera errónea, centrándose excesivamente en aspectos negativos. Ante este tipo de síndromes, los menores se limitan en su capacidad empática, teniendo dificultades para ponerse en el lugar de otras personas, manteniendo una actitud rígida ante los distintos puntos de vista que ofrezca el progenitor rechazado. (Segura, Gil, & Sepúlveda, 2006)

De esta forma, el SAP analizado desde el contexto teórico y psicológico encuentra una concepción bastante amplia, así como de sus causas, características, efectos y consecuencias. Por

su parte, en Colombia no se encuentra literatura abundante al respecto, sino el seguimiento a los parámetros trazados pro Gardner, entre otros.

1.2 Revisión en el contexto legal

1.2.1 Principales pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia

En el escenario internacional, se ha podido establecer que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge en más de 50 sentencias, en relación al SAP, como un elemento que valorar a la hora de condenar a un país por vulnerar los derechos de los padres alejados de sus hijos, por este tipo de interferencias parentales negativas. (De la Cruz & Pastor)

En Colombia, la Corte Constitucional fue delegada entre sus funciones a velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. Al respecto, la misma Carta Política ha elevado a fundamentales los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y es garante de la conservación del vínculo familiar. Bajo estas premisas, a través de Sentencia T-500 de 1993, afirmó en relación al SAP, que:

> "(…) cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes del menor. Por esta razón, cada uno de los cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando

que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos"[71]. (Corte Constitucional. 1993, Sentencia T-500)

En línea con lo anterior, bajo el estudio de acción de tutela, se refirió a que los padres deben velar por el desarrollo integral de los menores, razón por la cual, no podrán limitar el contacto y la comunicación libre entre los miembros de la familia, o privilegiar la posición de uno, desdibujando la del otro, , como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia". (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-115)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha sido más precisa, indicando a través del estudio en expedientes como 32580 de 21 de octubre de 2009, situaciones donde se acusa de acceso carnal violento agravado, haciéndose precisiones en relación con el SAP, que permite crear memorias falsas que conllevan a denuncias.

En un caso similar, la Corte Suprema de Justicia, mediante el expediente 35144 de 07 de marzo de 2011, expuso un caso donde se realizó una denuncia por acto sexual abusivo, basado en estudio psicológico, sin tener en cuenta otras valoraciones, evidenciándose la presión y manipulación ejercida por familiares cercanos al padre custodio. En línea con lo anterior, el expediente 45055 del 13 de septiembre del 2013, de la Corte Suprema de Justicia, esboza algunos planteamientos teóricos referentes al SAP, principalmente desde la teoría concebida por Gardner, tal como se expuso en la primera parte de este capítulo. De manera aún más expresa, ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia STC-27172021 que la acción de

un progenitor de desdibujar ante el menor la figura del otro progenitor, conlleva a maltrato psicológico y violencia de género.

Sin embargo, dichos planteamientos se dieron como un sustento de los efectos que surte el SAP, en el tema de denuncias penales, al crearse falsas memorias. No obstante, hacia el año 2021, por primera vez la Corte Suprema de Justicia, emite un fallo, en relación con las consecuencias jurídicas que se generan por el rompimiento del vínculo paterno filial, y de la prevalencia de los derechos del menor, como son el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, toda vez que dichas rupturas terminan por afectar el desarrollo cognitivo, emocional y social de menor.

El reconocido fallo de la Corte Suprema, afirma que dentro de los miembros de una familia surge el principio de solidaridad, y en razón de la figura de custodia y cuidado persona, "se trata de un complemento de la potestad parental, que implica la obligación inherente de los padres "a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC2717-2021)

Dentro de los argumentos planteados por el Alto Tribunal, se afirma que el ejercicio parental no puede poner en riesgo la integridad del menor, por lo que les está prohibido a los padres, incurrir en cualquier tipo de conducta que constituya maltrato infantil, en cualquiera de sus tipologías. Así las cosas, dicha responsabilidad recae sobre ambos padres, con independencia

de quien ostente la custodia de la manera exclusiva o de que se haya optado por la "custodia compartida". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC2717-2021)

1.2.2 Revisión normativa

Desde la óptica legislativa, el régimen normativo colombiano solo ha avanzado desde los criterios jurisprudencialmente, algunos de ellos citados en el anterior apartado. La asignación de la custodia y el cuidado personal de los menores en Colombia se enmarcan bajo las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, a través de la conciliación mediada por Comisarios de Familia o Defensores de Familia, y mediante un proceso en los juzgados de familia.

Al analizar las normas que rigen la conciliación mediante las Comisarias de Familia, se puede establecer que se cuenta con un equipo interdisciplinar integrado por psicólogos y trabajadores sociales, para acompañar dichos procesos, sin embargo, su intervención se da solo en casos donde exista investigación por violencia intrafamiliar. Es decir, que cuando no exista este tipo de denuncias, no aplicara en la asignación provisional de la custodia, un dictamen psicológico que permita determinar el impacto del SAP en los menores.

No obstante, en la norma no existe un reconocimiento del SAP y sus efectos nocivos en los menores, máxime cuando el régimen normativo, plantea la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores. Mediante la legislación actual, son muy pocos los antecedentes sobre esta problemática, así como también el hallazgo de casos en los cuales se haya impuesto sanciones al padre alienador, ejerciéndose según estadísticas por lo general por la madre separada, la cual movida por un sentimiento de despecho o de venganza hacia su pareja o ex

pareja, lo que ha hecho que los togados justifiquen su actuar, siendo condescendientes con el papel que asume la madre, y desconociendo el daño sufrido por el menor.

De acuerdo con lo expuesto, es preciso que en Colombia conforme a los criterios normativos adoptados en la Convención de los Derechos del Niño, la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes decretada en la Constitución Política, las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, especialmente en los artículos 1, 2, 4, 9, 11 y 14 acondicione y adecúe su legislación hacia el estudio y análisis de este tema por cuanto su incidencia e impacto social en la comunidad es de tal naturaleza que crece desmesuradamente.

1.3 Tratamiento en otras legislaciones

1.3.1 Francia

Al analizar la conducta del SAP desde el derecho comparado, se encuentra que por ejemplo en régimen normativo como Francia, la Ley No 2002-305 expedida en marzo, y el artículo 373-2 del C.C. establecen que el padre deberá respetar las relaciones de sus hijos con el otro progenitor, determinándose que el Juez de Asuntos Familiares deberá pronunciarse en aquellos casos donde se determine modalidades de autoridad parental, afirmándose que: «la actitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro».

1.3.2 Italia

Dentro del régimen normativo italiano, se ha planteado que, dentro de los procesos de disolución del matrimonio, se dispone la modalidad de cambio de custodia cuando el padre a

quien se le ha asignado de forma temporal incumple en los deberes que impuso el régimen normativo.

1.3.3 España

En España existe un desconocimiento total desde el régimen normativo. El Código Civil español, reconoce la figura de la custodia compartida, y que se fija mediante la decisión de un juez, adoptándose las medidas pertinentes para el desarrollo de la misma, en cumplimiento del régimen de guarda establecido. Así mismo se dispone que dentro del proceso de fijación de este tipo de procesos, se hará la valoración de uno elementos relacionados con los padres y su vínculo con los hijos, que busca determinar la idoneidad. (Real Decreto de 24 de julio de 1889)

Capítulo 2. Prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el sistema jurídico colombiano

En el segundo capítulo se abordará todo el desarrollo del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes al interior del régimen normativo y constitucional colombiano.

2.1 Revisión constitucional

Desde la perspectiva constitucional, hay que afirmar que la transición del modelo de Estado de derecho al Estado Social de derecho, transformo y evoluciono respecto al concepto mismo del Estado.

Bajo dichas acepciones, el modelo de Estado Social de derecho se ciñe a garantizar una vida digna, fundamentada en la igualdad material para todos sus asociados, tal como lo señala el artículo superior, que dispone que:

> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
>
> El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se

> encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, Art. 13)

No obstante, esta no es la única prerrogativa creada con la Carta Magna del 91, sino que también se plantea una protección especial a la población con riesgo de vulnerabilidad, como sucede con la infancia. Bajo estas premisas, señalan los artículos 44 y 45 que:

> Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.
>
> Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos 89 riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.
>
> La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, Art. 44)

Y continúa el artículo 45, decretando que:

> El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, Art. 45)

Bajo estas disposiciones, el constituyente del 91 decreta la protección especial de los menores, consagrándose múltiples derechos específicos, ensamblándose en las herramientas internacionales, normas internas, entre otras.

2.2 Criterios de prevalencia

2.2.1 Una mirada en el derecho internacional

Por su parte, al realizar una revisión en el derecho internacional, frente a la protección legal de los niños, niñas y adolescentes, se pudo establecer la existencia de un conjunto amplio de herramientas que ensamblan la salvaguarda de sus derechos.

Inicialmente, se tiene que, mediante la Declaración de Ginebra promulgada en 1924, donde por primera vez, se reconoce la existencia de derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes, y el rol de los adultos para garantizarlos. Dentro de esta importante herramienta, se consagra el principio de interés superior, fundamentado en la protección especial que requieren los menores.

Con mayor precisión, se promulgó la Declaración de los Derechos del Niño hacia 1959, donde el principio del interés superior de los niños, es el eje transversal desde su preámbulo.

Dentro del documento se ha determinado que los menores de edad, por su falta de madurez física y mental, requieren mayor protección y cuidados especiales, incluso desde el ámbito legal, a partir de su nacimiento,

De esta forma, se observa el reconocimiento a nivel internacional del interés superior del niño, relacionado directamente con la protección especial que se da por la falta de madurez física y mental del menor.

2.2.2 Revisión en el régimen normativo colombiano

Hacia 1991 el Estado colombiano inicio una transformación frente a la ratificación de la Convención de los derechos de la infancia, presionándose al Congreso para la expedición de una norma que regulara la protección especial de los niños, niñas y adolescentes. Bajo estas precisiones se promulga el Decreto 2737 de 1989, donde por primera vez se delimitan mecanismos con enfoque hacia la infancia. Dicha legislación, plantea situaciones que ponen en riesgo los derechos de los menores, como el abandono, el maltrato infantil, la explotación sexual, explotación laboral, poner en peligro su patrimonio, etc.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, es el principal marco normativo que dispone la prevalencia del principio de interés superior del menor, categorizando como fundamentales los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente el artículo 44, define el conjunto de derechos y exalta su prevalencia, obligatoriedad y la impostergabilidad de su cumplimiento. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, Art. 44)

En el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha ido ampliando el concepto de niño y de familia, por lo que en la Sentencia C-577 de 2011, se afirma que siendo la familia "el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse.; razón por la cual, se considera que los niños, niñas y adolescentes como población especial tienen estos derechos de manera prevalente; llevando a los adultos a cumplir con el compromiso constitucional que aquí se imparte. Adicionalmente, se consideran de especial protección a los niños "como titulares de derechos fundamentales" o en el suministro de "especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad". (Corte Constitucional, 2011, sentencia C-577)

Desde la óptica normativa, se expide en el año 2006, el Código de Infancia y Adolescencia, mediante la Ley 1098, creándose un conjunto de disposiciones direccionadas a la reducción de ritos procesales y establecer procedimientos sencillos, ágiles, eficaces y aptos para garantizar el cubrimiento nacional del sistema de protección de derechos. Bajo estas disposiciones, se crea oficialmente un marco de protección y prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Al tenor del artículo 1, se afirma que:

> Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la

igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 2006, art. 1)

En referencia a este compendio normativo, afirma la doctrina, que la misma representa una experiencia jurídica sutilmente diferencias, objeto de debate en relación a los límites de edad y grados de imputación de responsabilidad penal para el menor. Así mismo, es el cierre de la transición entre la situación irregular al principio integral de protección para la infancia en general, por el cual todos los menores de 18 años son sujetos de derechos. (p. 442)

De conformidad con la Ley 1098 de 2006, es obligación del Estado y la sociedad, velar por los derechos a la vida, calidad de vida, ambiente sano, integridad personal, rehabilitación, resocialización, protección, libertad y seguridad personal, a una familia y no ser separado de ella, cuidado y custodia personal, alimentos, y en general a un desarrollo integral. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098 de 2006)

Por su parte, en los artículos 30,31,3233,34,35,36,37 se realiza un reconocimiento en relación con los derechos como la recreación, participación en la vida cultural y en las artes, la participación de los niños, las niñas o los adolescentes, la asociación y reunión, la intimidad, la información, derechos de los niños, niñas o adolescentes con discapacidad y las libertades fundamentales, respectivamente. (Cárdenas, 2020)

En relación con la aplicación de dicho principio, ha afirmado la Corte Constitucional que deben tenerse en cuenta un conjunto de criterios. El primero de ellos, se enmarca en la revisión

de condiciones jurídicas dirigidas a garantizar el principio pro infans, es decir, la garantía del desarrollo integral del menor y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; así mismo, la protección ante posibles riesgos prohibidos; el equilibrio con los derechos de los padres, proporcionar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, y que la situación que se presenta amerite realmente la intervención por parte del Estado en la familia con respecto a las relaciones paterno materno filiales y en segundo lugar aquellas situaciones en las que se desenvuelve la niña, niño o el adolescente y que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar la situación. (Corte Constitucional, Sentencia T-287 de 2018)

De otra parte, la Corte Constitucional, también ha esbozado las condiciones, características y requisitos para determinar la aplicación del principio de interés superior del menor, como son la Sentencia C- 383 de 1996, T-510 de 2003, T-844 de 2011, T-129 de 2015, T-204A de 2018, T-262 de 2018, entre otras.

Capítulo 3. La tipificación del delito de alienación parental. Revisión desde el Derecho Comparado

3.1 Tratamiento legislativo en Brasil

En la legislación de Brasil, desde el año 2010, se comenzó con la penalización de aquellas conductas tendientes a la Alienación Parental, incluyéndose en la Ley 12318, la pena privativa de la libertad, cuando se impidiera el contacto o convivencia del menor con el padre alienado. No obstante, dicho texto fue vetado por razones de interés público.

La norma, pretendía sancionar a aquellos padres, que realizar un desdibujamiento de la imagen del progenitor alienado, obstaculizando el ejercicio pleno de la custodia compartida, el contacto con el padre no custodio, limitando el régimen de visitas, omitiendo información de interés para el padre alienado, haciendo acusaciones falsas, cambiando de domicilio sin razón alguna, entre otros.

Frente a estas disposiciones, se faculta a los jueces para la protección del menor, mediante la aplicación de una serie de medidas, donde se encuentra el pago de multas, y el inicio de un tratamiento psicológico, llegando incluso a ordenarse modificación en relación con el padre encargado de la custodia. Dichas facultades, fueron indexadas en el Código del Menor, donde prevalece el interés superior de los mismos.

Así las cosas, al presentarse este tipo de casos, la legislación brasileña, atiende mediantes soluciones jurídica que brinda la jurisdicción civil, donde efectivamente prevalece la protección del menor, y la creación de un ambiente sano, donde el menor pueda crear y fortalecer lazos con ambos padres, procurando desistir del argumento de alienación parental para no generar trauma sobre el menor.

A partir de lo expuesto, es posible inferir, que si bien, no existe un tratamiento en el derecho penal, si se establece que frente al riesgo que corre el menor al ejercerse conductas de alienación parental, siendo la legislación brasileña, consiente del daño psicológico que se genera a partir de allí, donde adicional, se ordena un tratamiento a los padres, es decir, que prima el interés de mantener e vínculo familiar, dentro de un sistema diseñado para actuar de acuerdo a lo trazado en la norma.

3.2 Tratamiento legislativo en Argentina

Otra legislación importante en el desarrollo del debate jurídico propuesto, es la legislación Argentina, donde de forma efectiva se promueve la penalización de la alienación parental, mediante la Ley No 24270, donde plantea que el padre o tercero que obstruya el contacto de los hijos con sus padres no custodios, se hallará responsable penalmente, es decir, que a diferencia de Colombia y Brasil, se plantea no un tratamiento desde la responsabilidad civil, sino que será en el ámbito penal, siendo la pena privativa de la libertad.

3.3 Colombia

La alienación parental es un fenómeno reconocido en el escenario doctrinal como el mecanismo a través del cual, en general, aquel que posee la custodia unilateral (CU) o la custodia de hecho, empoderado por la condición de "guardián exclusivo", promueve el desprestigio del otro progenitor frente a los hijos y dificulta e incluso impide la convivencia entre ellos, provocando un profundo sufrimiento y pérdidas del otro progenitor y principalmente de los hijos. (Montaño, 2018)

A través del régimen jurídico colombiano, se han dado algunos criterios por parte de la Corte Suprema de Justicia en aras de reconocer la existencia de este tipo de fenómenos en los procesos de asignación de custodia y cuidado personal de los menores. Legislativamente, no existe una función asignada a los funcionarios judiciales para impartir un seguimiento o control al daño psicológico que se produce en medio de un proceso por custodia y luego de ser impartida la orden judicial, como es el caso de la alienación parental.

Recientemente a través de la Sentencia STC-27172021 se afirmó que es necesario en dichos procesos se tengan en cuenta:

i. La garantía del desarrollo integral del menor.
ii. La preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos.
iii. La protección del menor frente a riesgos prohibidos.
iv. El equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no.
v. La necesidad de evitar cambios desfavorables en sus condiciones. Adicionalmente, el fallo precisó que los jueces de familia deben escuchar la opinión de los niños y

> adolescentes y aplicar el enfoque de género en las determinaciones sobre la custodia y el cuidado personal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC2717-2021)

Sin embargo, en materia penal no existe regulación al respecto, tipificándose esta conducta como un comportamiento antijurídico que lesiona los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Al revisar legislaciones como Brasil, el legislador promulgo una norma que sanciona 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. No obstante, dicha disposición fue vetada. En el caso de Argentina se establece que:

> "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).

Sin embargo, en la jurisprudencia penal colombiano no existe dicha tipificación que permita sancionar al padre o madre que desarrolle el síndrome e de alienación parental. A partir de lo expuesto se ha formulado la siguiente pregunta ¿De qué forma resulta viable la tipificación del delito de alienación parental como criterio de prevalencia de los derechos de los NNA en Colombia, revisión desde el derecho comparado?

Al analizar el escenario doctrinal en Colombia , en referencia al tema de la alienación parental es casi nula, razón por la cual, para la citación dentro de una investigación del tema, es necesario acudir a autores como Aguilar, (2006) para quien no existe claridad y conocimiento pleno respecto al SAP, del requerido para poder analizar el impacto y el daño psicológico generado, por lo cual es necesario acudir a la psicología forense, donde se pueden establecer diagnósticos más precisos, que permitan la toma de decisiones en el derecho de familia y penal, especialmente, cuando se trata de abuso o de acto sexual con un menor de edad, y que dicho delito, se sustenta en el desarrollo del SAP.

El desarrollo de este tipo de comportamientos, conlleva a un grave daño psicológico del menor, tal como se planteó en el segundo capítulo de la monografía, y en ocasiones no es percibido por los funcionarios judiciales, encargados de llevar los procesos de fijación de custodia, colocando en grave riesgo a los menores, vulnerándose además los mandatos constitucionales.

Adicionalmente, en este sentido es responsable el Estado, al no implementar en estos procedimientos, funcionarios públicos preparados, y políticas públicas prevención, educación y tratamiento a este tipo de trastornos psicológicos, adicionalmente, de detección a tiempo, de este tipo de comportamientos, toda vez que el mismo se configura como un tipo de violencia y maltrato psicológico.

Así las cosas, es posible afirmar que en la legislación colombiana, este tipo de síndromes con grave afectación al mandato constitucional del interés superior del menor, no ha tenido un abundante desarrollo, por cuanto no existe un tratamiento penal para el padre alienador,

partiendo, de que los estudios realizados desde el escenario sociológico, permiten evidenciar que generalmente este comportamiento es originado por un progenitor alienador, siendo generalmente la madre, que tras sufrir el impacto de la separación, en represalia de lo sucedido en pareja, usa al menor o menores, para causar un desdibujamiento de padre no custodio.

Ante este tipo de situaciones, en Colombia el Síndrome de alienación parental, desde las instituciones encargadas de la fijación de custodia, como desde el escenario penal, donde se imputa responsabilidad a los padres abusadores, se puede inferir una pasividad total, quienes generalmente, desatienden el mandato de prevalencia de los derechos del menor, y no se establecen estudios psicológicos que permitan dictaminar el ambiente donde convive el menor, siendo el testimonio el padre alienador tenido en cuenta como prueba fehaciente de los hechos, y no la realidad en sí misma.

Al plantear este tipo de escenarios, encontramos que desde este escenario Colombia, es ampliamente permisivo en temas de la incidencia del SAP en los menores, sin avistarse posibles soluciones a la problemática debatida.

Ahora bien, como se ha formulado en el derecho comparado, Brasil y Argentina, presentan dos modelos diferentes a lo formulado por el legislador colombiano, pues prevalece en todo momento la protección del menor, siendo incluso penado el comportamiento del padre alienante, a través de penas privativas de la libertad.

Al analizar el panorama colombiano, y los criterios psicológicos se determina la gravedad de la alienación parental, se encauza la investigación para promover la necesidad de tipificar este tipo de comportamiento en Colombia, con sanciones ejemplares, toda vez que en la actualidad, los mismos menores, deben protegerse de los padres abusivos, violentos, vengativos y demás. Más allá, de un capricho o populismo punitivo para enjuiciar al padre, es el nivel de daño que puede ocasionar en la relación entre el hijo y el padre alienado, donde incluso se activa el aparato judicial, para instaurar denuncias falsas, basadas en la gravedad de las memorias falsas impuestas durante la alienación parental.

En consonancia con lo expuesto, autores como Gardner, afirmar que en este tipo de comportamiento, los menores resulta indefenso antes el adulto que ejercer la alienación, generando un conflicto con el padre alienado, que repercute en el menor, ocasionando un sentimiento de abandono, desarrollando pensamientos disfuncionales, siendo bastante probable que interfiera en su relación con su entorno y su comportamiento social sea afectado de manera permanente.

Otra víctima dentro de este tipo de trastornos, es el padre alienado, para quien se genera también un daño psicológico, máxime, cuando el diagnóstico solo puede establecerse mediante un psicólogo especializado, al que lamentablemente no se tiene acceso en toda ocasión, por parte de los padres no custodios, y del mismo sistema judicial colombiano.

Ahora bien, es preciso recordar que desde el régimen normativo colombiano, se ha formulado un conjunto de herramientas que propenden por la protección de los niños, niñas y

adolescentes, como son, la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Política de 1991, el Código de la Infancia y Adolescencia, en especial en sus artículos 1, 2, 4, 9, 11 y 14 especialmente, donde prevalece la obligación del Estado de diseñar mecanismos para salvaguardar la integridad de los menores.

El síndrome de alienación parental, según la doctrina comporta una gravedad de consecuencias, donde se refleja un abuso marcado y su crecimiento es tendiente, según diferentes países, aspectos culturales, legislaciones con mayor compromiso, donde se considera este tipo de comportamientos como una práctica que condiciona severamente el mantenimiento y/o la concesión de la guarda y custodia e incluso de la patria potestad.

Sin embargo, en Colombia, es preciso formular el acondicionamiento del sistema penal, para castigar este tipo de comportamiento, que generan un riesgo a las relaciones familiares entre padres e hijos. No obstante, la situación actual, minimiza una problemática de tanta envergadura, razón por la cual esta conducta se presenta de manera regular, en especial en situaciones de divorcios conflictivos, así como de denuncias por relaciones incestuosas entre el menor y el padre alienado.

Desde la legislación civil, donde se trata el tema de fijación de custodia, solo se comporta, la alienación parental, como un argumento para limitar la custodia, pero sin que se genere una imputación de responsabilidad, deber resarcitorio, entre otros.

Consonante con lo anterior, es necesario plantearse la necesidad de desarrollar en Colombia, el tipo penal de la alienación parental, como un nuevo tipo de violencia psicológica, donde impere la necesidad de someter a ambos padres a un tratamiento psicológico, mediante el psicólogo forense quien es el llamado a diagnosticar este síndrome.

La aplicabilidad de este tipo de medidas deberá sustentarse en que una vez diagnosticado, se puedan generar una serie de consecuencias como son:

Limitar la custodia al padre alienante

Imputar responsabilidad civil conforme al daño generado a los propios hijos demostrando gravísimos problemas de comportamiento que interfieren con su estabilidad emocional que lo incapacitarían para ofrecer a los niños un adecuado desarrollo emocional, psicológico y social.

Iniciar investigación penal por el comportamiento alienante, e impartir medidas, no privativas de la libertad, pero sí que conlleven a coartar y coaccionar frente a este tipo de comportamientos ampliamente dañinos para el desarrollo integral y armonioso del menor.

Conclusiones

Finalmente, al culminar la etapa investigativa, se ha podido delimitar las siguientes conclusiones:

Dentro del sistema normativo colombiano, no ha sido imperante el diagnóstico psicológico para los padres y menores de edad, en procesos de divorcio, fijación de custodia y régimen de visitas, entre otros, que involucre a menores de edad, y que ponen en riesgo su desarrollo integral y armonioso.

En referencia al problema tratado en la monografía, se concluye la necesidad imperante de que la legislación colombiana, reconozca la alienación parental como un delito, que comporta una serie de consecuencias psicológicas para menores y para los padres alienados, buscando mejorar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, que se ven sometidos al maltrato psicológico del padre alienante, quien sin mediar efectos adversos implanta memorias falsas y conlleva a comportamiento que rompen las relaciones con sus padres no custodios, desarrollándose un abuso emocional y un daño, que dentro de los parámetros del daño moral, debería ser reparado civil y penalmente.

La intervención del sistema penal, es conveniente, toda vez que el Estado como garante de los derechos fundamentales del menor, la prevalencia del interés superior y otros principios constitucionales, debe brindar soluciones efectivas ante situaciones de alienación parental, donde se afecta al menor y al padre, razón por la cual y por ende debe contemplar el fenómeno del SAP

en toda su dimensión, de allí que se revele en el estrado judicial la función de detectar y reconocer la alienación sufrida por el menor.

Finalmente, es innegable que dentro del sistema normativo colombiano, no se cuenta actualmente con mecanismos legales, donde se pueda dirimir este tipo de situaciones, toda vez que generalmente en divorcios o terminación de uniones maritales de hecho, reina el conflicto, desencadenándose una serie de consecuencias hacia los hijos procreados, donde continuamente se desarrollan prácticas abusivas, siendo el Estado el garante de la integridad social, familiar y afectiva, donde deberá imperar la implementación de salidas jurídica viables, efectivas y asertivas, que disminuyan todo tipo de riesgo contra los menores de edad.

Referencias

Asamblea General de Naciones Unidas, Convención Internacional de los Derechos del Niño. Recuperado el 2022, de https://www.coe.int/es/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,ni%C3%B1os%20en%20un%20%C3%BAnico%20documento.

Asamblea General en Ginebra, Declaración de Ginebra (1924). Recuperado el 2022, de https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Politica de 1991, Art. 1. Recuperado el 2022, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Cardenas, G. D. (2020). *EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y SU INCIDENCIA EN LA ADOPCION INTERNACIONAL.* Universidad del Rosario. Recuperado el 2022, de https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/30847/Monografia%20VF%20Daniela%20Cardenas%20Guzman.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Congreso de la República de Colombia, Ley 1098 de 2006. Recuperado el 2022, de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf

Corte Constitucional Colombiana, 1998, Sentencia SU – 747, Referencia: Expediente T-152455 (Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU747-98.htm#:~:text=Le%20corresponde%20a%20la%20Corte,sanciones%20contempladas%20en%20la%20ley.

Corte Constitucional, 2011, sentencia C-577, Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376 (Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm

Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-115, Referencia: expediente T- 4.025.750 (Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-115-14.htm

Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2014, Referencia: Expediente D-9855. (Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.). Recuperado el 2021, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-239-14.htm

Corte Constitucional, Sentencia C-740/08, Referencia: expediente D-7152 (Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-740-08.htm#:~:text=Es%20obligaci%C3%B3n%20de%20la%20familia,y%20con%20claro%20sentido%20pedag%C3%B3gico.

Corte Constitucional. 1993, Sentencia T-500, REF: EXPEDIENTES T-16.717 Y 16.719 (Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-500-93.htm#:~:text=T%2D500%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20reglamentaci%C3%B3n%20y%20regulaci%C3%B3n%20de,y%20de%20la%20autoridad%20paterna.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC-27172021 (M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA). Recuperado el 2022, de https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/STC2717-2021.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Civil, Sentencia STC2717-2021, Radicación n.° 68001-22-13-000-2021-00033-01 (M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA). Recuperado el 2022, de https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/STC2717-2021.pdf

De la Cruz, J. G., & Pastor, B. (s.f.). El llamado síndrome de alienación parental y sus derivaciones.

Howard, W. (2014). *EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL*. Recuperado el 2022, de http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf

Montaño, C. (2018). Alienación parental, custodia compartida y los mitos contra su efectividad Un desafío al trabajo social. *R4evista Perspectivas Sociales* . Recuperado el 2022, de file:///C:/Users/fgh/Downloads/Dialnet-AlienacionParentalCustodiaCompartidaYLosMitosContr-6857194.pdf

Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado el 2022, de https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf

Organizacion de Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño (1959). Recuperado el 2022, de https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf

Organizacion de Naciones Unidas, Declaración universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado el 2022, de https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Presidente de la República de Colombia, Decreto 2737 de 1989, "Por el cual se expide el Código del Menor". Recuperado el 2022, de https://www.oas.org/dil/esp/decreto_2737_de_1989_colombia.pdf

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Por medio del cual se expide el Código Civil Español. Recuperado el 2022, de https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf

Rodriguez, G. D. (2014). *EL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL (SAP).* Bogota: UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. Recuperado el 2022, de https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12387/finalmente_S.A.P.[1].pdf;jsessionid=A714498C738868AAE18E11F967E3CF05?sequence=1

Segura, M., Gil, M., & Sepúlveda, M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*. Recuperado el 2022, de https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1135-76062006000100009

Tejedor, A. (2007). *El sÌndrome de alienaciÛn parental.* Madrid.

Vilalta, R., & Winberg, N. M. (s.f.). SOBRE EL MITO DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP) Y EL DSM-5. *Papeles del Psicólogo*. Recuperado el 2022, de https://www.redalyc.org/journal/778/77853188015/77853188015.pdf