

Facultad de Ciencias Jurídicas



Alienación Parental, necesidad a tomar en cuenta por el Juez al momento de otorgar la guarda o custodia del niño o niña y su relación con el Derecho Penal

Autores: Br. Pablo Alberto Molina González.
Br. María Fernanda García Moreno.

Tutora: Msc. Fanny Carolina Reyes
Castillo.

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA



Alienación Parental, necesidad a tomar en cuenta por el Juez al momento de otorgar la guarda o custodia del niño o niña y su relación con el Derecho penal

Investigación Monográfica para optar al Título de Licenciado en Derecho

Autores: Br. Pablo Alberto Molina González.

Br. María Fernanda García Moreno.

Tutora: Msc. Fanny Carolina Reyes Castillo.

Managua, Junio de 2013

Managua, 21 de Junio de 2013

Profesora
MSc. Margine Calderón
Directora académica
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Centroamericana

Estimada Profesora Calderón:

En cumplimiento a lo dispuesto por la Normativa de organización, realización y evaluación de trabajo de culminación de estudios de pregrado, tengo el placer de informarle que los bachilleres **PABLO ALBERTO MOLINA GONZÁLEZ** y **MARÍA FERNANDA GARCÍA MORENO**, han concluido satisfactoriamente la asignatura de Seminario de Monografía.

La investigación realizada por los estudiantes se titula **ALIENACIÓN PARENTAL, NECESIDAD A TOMAR EN CUENTA POR EL JUEZ AL MOMENTO DE OTORGAR LA GUARDA O CUSTODIA DEL NIÑO O NIÑA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL** y a mi criterio cumple con los requerimientos establecidos para los trabajos monográficos.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

Fanny Carolina Reyes Castillo
Tutora académica

Dedicatoria

A nuestros progenitores, Carmen G. y Norvin M.
Norma M. y Humberto G.

A las víctimas de alienación parental,
con quienes contraemos una deuda moral.

Agradecimientos

A Dios todopoderoso, primeramente, por sus incesantes bendiciones. Por ser mi guía y protector, quien siempre ha dispuesto de mi pasado, presente y futuro.

A mi familia por estar siempre conmigo. Especialmente a:

Mi mamá, Carmen González, quien es el motor de mi vida, la persona que más admiro y quien me inspira a seguir escalando. Sus consejos y aprecio han sido el factor determinante para haber llegado a esta etapa de mi vida.

Mi papá, Norvin Molina, quien no ha dudado en ofrecerme su hombro para alcanzar mis metas y nunca dejó de hacer todo lo posible para facilitarme la superación de los obstáculos de todo tipo que he encontrado en el camino.

Mis abuelitos (q.e.p.d) porque sé que con ansias esperaban que llegase este momento, el cual tristemente no pueden presenciar, pero los honro cumpliendo la deuda moral contraída con ellos, especialmente con mi abuelita Martina Guevara.

Mis hermanos, especialmente a Oscar, quien ha sido también mi padre y quien me impulsó a soñar este momento, con antelación.

Karla O. Vanegas, quien ha sido mi refugio en tiempos difíciles y morada de discusión de las cuestiones académico-personales, además por sus sinceros y acertados consejos.

Mis tíos Ignacia González y Arnoldo Fajardo, quienes me acogieron entre el seno de su hogar y me hicieron su hijo para que esto fuese posible.

A los maestros de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Especialmente a Fabiola Peña, de quien aprecio el apoyo académico que me brindó en uno de los momentos más difíciles de mi vida.

A mis amigos, especialmente a María Fernanda García Moreno, mi colega y compañera de trabajo. A todas las personas que con su respeto y admiración hacen que crezca cada día.

Pablo Alberto Molina González
Managua, 2013

Gracias Infinitas a ese ser supremo, mi padre celestial, mi sustento, mi Todo! Ese por el cual hoy soy lo que soy y estoy en donde estoy, mi Dios todopoderoso... gracias por concederme en cada momento la sabiduría y fortaleza necesaria para salir adelante TE AMO.

Gracias a esa mujer y a ese hombre sin los cuales indudablemente no hubiese podido llegar a esta etapa de mi vida, Norma Moreno Silva, mi Diosa madre, el mayor ejemplo de fortaleza y superación que he podido tener, Manuel Humberto García Murillo, el hombre más importante de mi vida, una y mil veces gracias por tanto y por todo, por sus consejos, por los ánimos y las porras que en momentos difíciles tenían para mí.... Este logro es más suyo que mío, no es más que el fruto de su arduo trabajo y el mejor regalo que puedo ofrecerles.

No podría dejar por fuera a mi profesora y tutora Fanny Reyes, Gracias especiales por la entrega y dedicación brindada a lo largo de estos meses, gracias por ser nuestra principal guía en este proyecto tan importante de nuestras vidas.

Con Amor infinito Gracias a los motores de mi vida, mi mayor fuente de inspiración, mis hermanas, confidentes y mejores amigas, Yokasta Marcela García Moreno, Marina Lucía García Moreno, Ariadna Camila Gómez Blanco y Teresa del Carmen Pérez Mejía, lo saben de sobra, lo más bello que tengo en la vida, gracias por no dejarme caer y ser mi soporte en momentos duros, por ser el motivo fundamental que me empuja a ser mejor cada día!

En fin, gracias a todas y cada una de las personas que de alguna u otra manera han sido de gran importancia a lo largo de este trayecto de mi vida, mi amor y fiel compañero Roger Antonio Sequeira Reyes, mi amiga del alma Junieth Silva García, por supuesto gracias a mi compañero de Monografía y excelente amigo Pablo Alberto Molina González por tu apoyo y comprensión. Se les Ama con el Alma.

María Fernanda García Moreno

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Analizar la conducta de alienación parental desde el punto de vista jurídico.

Objetivos específicos

Identificar las principales características de la conducta de alienación parental.

Determinar el grado de regulación de la alienación parental en la legislación nicaragüense.

Analizar las consecuencias jurídicas que acarrea la práctica de la conducta de alienación parental en la familia, específicamente en el contexto de las relaciones entre madre, padre e hijos(as).

Estudiar la necesidad de tipificar como delito, la conducta de alienación parental en Nicaragua.

Contenido

Introducción

I. Aspectos Generales de la Alienación Parental.....	1
1. <i>Noción Histórica</i>	1
2. <i>Concepto de la Alienación Parental</i>	4
3. <i>Características Generales de la Alienación Parental</i>	8
4. <i>Consecuencias de la Alienación Parental</i>	9
II. Alienación Parental en las relaciones entre madre, padre e hijos(as).....	12
1. <i>Generalidades de la Guarda y Custodia</i>	12
2. <i>De la relación entre madre, padre e hijos (as) y su regulación jurídica</i>	17
III. Derecho Penal y Alienación Parental	29
1. <i>El Derecho Penal</i>	29
2. <i>La norma jurídico-penal</i>	32
3. <i>Derecho Penal y Familia</i>	33
4. <i>Propuesta de elementos que pueden configurar el delito de Alienación Parental</i>	35
4.1 Bien Jurídico a proteger en el delito de alienación parental.....	35
4.2Sujeto activo en el delito de alienación parental	38
4.4Relación con otros tipos penales	39
4.5 Limitación jurídica del “delito” de alienación parental.....	42
5. <i>Victimización</i>	45
6. <i>Justificación de la necesidad de incluir la conducta de alienación parental, como tipo penal</i>	46
Conclusiones.....	51
Recomendaciones.....	54
Referencias bibliográficas	56

Introducción

El presente esfuerzo investigativo tiene el propósito de brindar una aproximación al fenómeno conocido con el nombre de “alienación parental” y contribuir con un modesto aporte al sistema jurídico de Nicaragua.

Con ese propósito, se hace un análisis crítico de la alienación parental, para demostrar el impacto negativo que tiene esta conducta social en los niños y niñas, sujetos protegidos por la legislación nicaragüense; esto lleva a plantear la necesidad de su regulación, lo que al mismo tiempo permitirá avanzar en la modernización del Derecho.

Este trabajo se estructura en tres apartados: el primero está destinado a conocer los aspectos generales de la alienación parental, antecedentes, concepto, características generales y consecuencias. El segundo apartado pregona el vínculo existente entre la alienación parental y las relaciones entre madre, padre e hijos(as), además de las afectaciones que provoca en ella. El tercero y último apartado se aborda brevemente la relación entre el Derecho penal y el Derecho de familia, la necesidad de tipificar la conducta de alienación parental como delito y una propuesta de elementos básicos que podrían configurar el tipo penal sugerido.

Es importante dejar en claro que la alienación parental se conceptualiza como una conducta de manipulación que ejerce, generalmente, uno o ambos progenitores, contra su hijo o hija con el objetivo de ponerlo en contra del otro. Esa conducta también pueden realizarla los parientes y terceros, y esto ocurre casi siempre que las parejas se separan y existe contienda entre ellos.

El alienante puede incurrir en esta conducta a través de mecanismos sutiles pero destinados a castigar al alienado con el odio de su propio hijo(a). La alienación parental, entonces, supone un daño al alienado, usando como instrumento al hijo(a), el cual se convierte en la mayor víctima de la acción y el que recibe el daño mayor.

Tal conducta de manipulación supone una instrumentalización del niño (a), para ponerlo en contra del progenitor alienado, ocasionando serios problemas psicológicos con un grave impacto en la personalidad del niño(a). Además, afecta gravemente, las relaciones de convivencia paterno-filial, consideradas como de imperiosa necesidad para el desarrollo integral del niño(a), e incluso vulnera otros derechos y obligaciones familiares.

Ante tal fenómeno, en el que están en juego derechos e intereses de carácter público, como lo es el interés superior del niño, los jueces y Tribunales, están obligados a investigar, en los procesos en que se solicita la guarda o custodia de hijos, si alguno de los progenitores o terceros están incurriendo en la conducta de alienación parental para tratar de detener su práctica y evitar sus efectos negativos.

A pesar de la gravedad de las consecuencias que produce la alienación parental, no está tipificada como delito en el código penal de Nicaragua, lo que se traduce en un problema de seguridad jurídica para las víctimas, pues el Estado no le brinda la protección pertinente.

Sería un avance significativo en la modernización del sistema jurídico el hecho de regular esta conducta, pues traería beneficios incalculables a la sociedad, ya que la alienación parental es considerada como un mecanismo de violencia que afecta a los individuos que la sufren y a la comunidad a la que pertenecen.

Para la realización de este trabajo se hizo un análisis crítico de los recursos bibliográficos utilizados y se recurrió al método de la argumentación jurídica. Las principales fuentes de consulta fueron obras referidas a Psicología con las que se logró determinar conceptos básicos de la conducta estudiada, igualmente se consultó legislación nacional e internacional y doctrina, contenidas en recursos físicos o en formato papel y bases de datos científicas virtuales.

Finalmente, es importante aclarar que esta investigación no agota el tema ni el problema tratado, sino que puede ser objeto de una investigación más profunda que haga un mayor aporte y enriquezca la aproximación que se ha concluido en este informe.

I. Aspectos Generales de la Alienación Parental

1. Noción Histórica

La Alienación Parental no es cosa nueva, a lo largo de los años se ha manifestado de diferentes maneras y se maneja como un comportamiento común entre nuestra sociedad, lo cierto es que nuestra legislación enmudece y no da tratamiento a la conducta (Corsi, s.f; Bautista Castelblanco, s.f; Becerra, 2007; Tenreiro, 2007; Martin Colea, 2009).

Países como Estados Unidos, Argentina, España, Italia, Brasil, México y otros, se han adelantado al descubrimiento y estudio de la alienación parental, incluso en Brasil constituye ya un tipo penal la conducta de alienación parental. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido en varias sentencias a esta situación y en México se están dando los pasos para lograr la pronta tipificación de esta acción, a como se dejó claro en el Primer Congreso Internacional de la Familia, realizado en México por Asociaciones Civiles Mexicanas de Madres y Padres separados, filial Hidalgo y Consultores de la problemática juvenil y familiar(Bautista Castelblanco, s.f; Tessa, 2009).

Todo lo relativo a la tipificación de la alienación parental, será abordado por estos servidores en el capítulo tercero, en el cual repasamos cuestiones generales del Derecho penal y justificaremos la necesidad de tipificarla en Nicaragua.

Antes de todo eso, lo preciso es que empecemos por las cuestiones básicas del tema y las repercusiones que tiene en la familia; para eso ofrecemos en este apartado, el origen de la alienación parental como síndrome inducido en la víctima.

En 1985 un psiquiatra estadounidense llamado Richard Gardner reconoció el Síndrome de Alienación Parental, en adelante SAP, como enfermedad causada a un menor por la conducta de uno o ambos progenitores que lo manipulan sin

ninguna justificación(Corsi, s.f; Bautista Castelblanco, s.f; Becerra, 2007; Tenreiro, 2007; Bertuzzi, 2008; Martin Colea, 2009).

Lo que se maneja, según los autores citados, es que el “síndrome” lo introdujo en los litigios entre cónyuges en el marco de un divorcio y por la custodia de los hijos.

En cuanto a Gardner, Corsi (s.f), nos expone que fue psicólogo de militares y se dedicó a desprogramar soldados estadounidenses que habían sido prisioneros de guerra. Sostuvo que la conducta de manipulación que ejercía el progenitor (alienante) sobre el/la menor se traducían en una “programación” o “lavado de cerebro” para ponerlo en contra del otro progenitor (alienado).

Dedicó la primera etapa de su vida profesional a desempeñarse como perito judicial en los juicios por abuso sexual que se seguían contra padres, profesores y miembros de congregaciones religiosas y se dice que su trabajo consistía en demostrar que el abuso no había existido y para eso le pagaban sus clientes (Corsi, s.f).

En los informes periciales que usaba Richard, afirma Corsi (s.f) que ponía en tela de duda las declaraciones acusatorias de las víctimas y su teoría incluso se valoró como medio de prueba para demostrar la inocencia del acusado pero además contradecía la declaración de las víctimas y proponía la culpabilidad de los denunciados, adjudicándoles la conducta de falsedad en las declaraciones.

Generalmente era propuesto como perito en los procesos litigiosos de abuso sexual, incesto, sobre la custodia y régimen de visitas de los menores(Corsi, s.f).

Gardner, a través del SAP, no sólo otorgaba un argumento *ad hoc* para la defensa en este tipo de casos, sino que instalaba la sospecha sobre la víctima: los niños y las niñas, devaluando la palabra y creando sospecha sobre el testimonio infantil, cuando en la mayoría de los abusos sexuales, ésta es la única prueba para iniciar una investigación, afirmanAsensi Pérez & Díez Jorro, (2010).

En este sentido, los autores citados toman en su investigación titulada Síndrome de alienación parental. Un enfoque racional, la frase del abogado Richard Ducote,

afirmando que el SAP es el sueño de cualquier abogado defensor, ya que cuanto mayor es la prueba del delito, mayor es la prueba de la defensa.

Richard Gardner fue criticado por los demás científicos, pues el SAP no ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud OMS como síndrome y sus trabajos han sido permanentemente cuestionados por la comunidad científica, dado que sus teorías no se basan en métodos de investigación estandarizados y no han sido sometidos a estudios empíricos de validación (Corsi, s.f).

La prueba de ello es que ningún trabajo de Gardner ha sido aceptado para su publicación en una revista científica. Habría que agregar que todos sus libros han sido publicados por una editorial de su propiedad: *Creative Therapeutics*, según Corsi, (s.f).

Gardner se suicidó en 2003, pero sus teorías no murieron con él. Tessa (2009), afirma que su prédica tuvo una amplia aceptación en los Tribunales, primero en Estados Unidos y ahora en Argentina. De hecho, muchos psicólogos lo dan por cierto.

En 2007, en España, el fallo de una jueza de la localidad catalana de Manresa aplicó este supuesto síndrome y levantó la polémica. Actualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros tribunales, han dictado varias sentencias relativas a este tema (Tessa, 2009).

Según Corsi (s.f), los seguidores de la teoría de Gardner sostienen la ocurrencia del SAP cuando se ejecutan algunos de los siguientes causales:

- I. Impedir que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos.
- II. Desvalorizar e insultar al otro en presencia de los niños, mezclando cuestiones de pareja que nada tienen que ver con el vínculo parental.

- III. Implicar al entorno familiar propio y a los amigos en el ataque al ex cónyuge, en caso de estar separados.
- IV. Ridiculizar o subestimar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor.
- V. Premiar las conductas despectivas y de rechazo hacia el otro padre
- VI. Asustar a los/las niños/as con mentiras sobre el otro.
- VII. Cuando los niños(as) no pueden dar razones o dan explicaciones absurdas para justificar el rechazo por el padre.

De este modo, constantemente pudimos ver que hablamos del Síndrome de Alienación Parental, pues nos hallamos en la obligación de tratar un poco la noción histórica del SAP para dar punto a lo que implica el tema a tratar, pero si seguimos en esta línea, de cierto modo consideramos que estaríamos tergiversando el tema, pues nos queremos enfocar en la “alienación parental” como conducta, dado que el “síndrome de alienación parental” es el resultado o el diagnóstico producido en el menor, fruto de la conducta de alienación ejercida sobre él por su(s) progenitor(es).

2. Concepto de la Alienación Parental

Según la Real Academia Española, en adelante RAE, se entiende por alienación a la acción y efecto de alienar. Es un proceso mediante el cual el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición.

Desde el punto de vista médico se define como un trastorno intelectual, tanto temporal o accidental como permanente, aunque como señalamos, la OMS aun no lo reconoce.

Desde el punto de vista psicológico es un estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad.

Desde el punto de vista parental se dice que es perteneciente o relativo a los padres o a los parientes.

Desde el punto de vista biológico se afirma que se refiere a uno o ambos progenitores(Martin Colea, 2009).

En otro concepto, se afirma que la Alienación Parental es un proceso mediante el cual un hijo es programado para conseguir que acabe odiando a uno de sus progenitores, padre o madre, e incluso al resto de su familia extensa, abuelos especialmente. Cuando el síndrome se acaba instalando en el menor, éste acaba actuando de forma autónoma y contribuye por su cuenta a la campaña de denigración del padre o madre alienado"(Viesca, 2011).

Pedrosa de Álvarez & Bouza (s.f), afirman que alienación parental se refiera a un proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación.

Consiste básicamente en una intervención la cual suele comenzar con una leve obstaculización a la relación del hijo o hija con el progenitor no custodio, dicha obstaculización puede tornarse de tal magnitud que logre constituir un tipo de maltrato infantil, manifestado a través de estrategias sutiles y creencias socialmente aceptadas(Pedrosa de Álvarez & Bouza, s.f).

La Alienación Parental se define como la predisposición negativa y malintencionada que ejerce el progenitor que tiene la custodia de los hijos en contra del otro progenitor, mediante la influencia maliciosa y malintencionada (manipulación mental,) hacia los hijos. Se presenta especialmente en algunas rupturas conyugales de serio conflicto(Bautista Castelblanco, s.f).

Algo muy importante que debemos tomar en cuenta, es que cuando el síndrome está presente en el niño(a),este se atreve a dar su propia contribución en la campaña de denigración del progenitor alienado(Pedrosa de Álvarez & Bouza, s.f).

Becerra (2007) y Martin Colea (2009), coinciden con Pedrosa de Álvarez & Bouza (s.f) y dicen también que la alienación parental se trata de una campaña destinada

a denigrar, la cual carece de justificación alguna y se torna exagerada. En ella, los hijos están preocupados en censurar, criticar y rechazar al padre o madre alienado hasta el punto de llegar a sentir odio exacerbado y antinatural por este y en muchos de los casos por el resto de su familia.

El reprochable comportamiento del que venimos hablando y a la luz del significado que acoge la RAE, puede efectuarse en reiteradas ocasiones, hasta lograr poner al niño en contra del otro progenitor y no siempre lo realizan los progenitores, sino también familiares de estos y hasta otros terceros.

Hemos notado que varios autores, entre ellos Richard Gardner, quien como anteriormente vimos, descubrió y trato por primera vez el síndrome de alienación parental, sostienen en sus teorías que se trata de una programación conocida como “lavado de cerebro”, la cual tiene como fin lograr que el niño o niña pueda ver a uno de sus progenitores como alguien totalmente bueno y al otro como todo lo contrario, como el villano.

Entonces, lo que se muestra evidente a la luz de los artículos de los autores citados, es que se dice que en estos casos, el progenitor malo es odiado y difamado verbalmente, mientras que el progenitor bueno es amado e idealizado. Este mensaje se graba en la memoria del hijo(a) y llegan a creer que el amor y obediencia hacia su padre o madre solo pueden demostrarlo con odio y hostilidad hacia el otro.

Es así como el progenitor alienante se apodera de todo el ser y autonomía del menor (Martin Colea, 2009).

Fernández Tenreiro (2007), considera:

Este trastorno se resume en la manipulación del niño por parte del progenitor. Éste intentará enfrentar al pequeño a su padre o madre de forma sistemática y acabará por despertar en él un sentimiento de odio y desprecio, que nada tiene que ver con un razonamiento lógico.

Uno de cada cuatro menores cuyos padres están inmersos en un proceso de

divorcio con conflictos por su custodia sufre el síndrome, según un estudio llevado a cabo por varios profesores del Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Granada, España.

Es evidente que la alienación parental como conducta, siembra en el niño(a) un problema psicológico de gran magnitud, que sin duda puede suponer consecuencias enteramente negativas en su formación y desarrollo integral (Tenreiro, 2007).

Como resultado de esta conducta, el niño(a) sufre violencia de parte del progenitor alienante, pues la alienación parental, como anteriormente señalábamos, está considerada como una forma de violencia; además se impone en el menor un trauma psicológico, es el conocido síndrome de alienación parental, lo cual hemos aclarado anteriormente (Tenreiro, 2007; Abdala, 2010).

Aún, si fuera poco, en la mayoría de los casos, de cierto modo lo privan en las relaciones con el otro progenitor y generalmente con la familia de este, vulnerando así derechos del menor y del progenitor alienado (Tenreiro, 2007; Abdala, 2010).

En otras palabras, lo que logramos extraer de los interesantes artículos de los autores citados y nuestra posición en relación a lo estudiado es que el niño(a) se convierte en un instrumento, un arma que usa el progenitor que conserva su custodia temporal en contra del otro progenitor para evitar que cese la custodia. Considera erróneamente, el alienante, que castigando al otro progenitor le hace mal a aquel, sin embargo la víctima más grande es el hijo, el que no tiene nada que ver con la situación hostil, con las disputas y la ruptura de la relación de la pareja.

La alienación no siempre es una persona, sino un proceso, esto significa que a veces los papeles se acumulan y se convierte en ida y vuelta, o sea que no solo un progenitor aliena, sino los dos simultáneamente, lo que aumenta el riesgo y la transgresión al desarrollo integral y al interés superior del hijo(a); esto último es alienación como proceso. Cuando sólo una persona ejerce la acción, es alienación como persona (Asensi Pérez & Díez Jorro, 2010).

Como puede apreciarse en los conceptos anteriormente esbozados, la mayoría de los autores convergen en que al hablar de alienación parental se hace referencia a un “proceso”, pero son los juristas Asensi Pérez & Díez Jorro, (2010) quienes proponen que, además de un proceso, puede tratarse también de alienación como “persona”.

En cuanto a esto, nosotros consideramos que la posición adoptada por Asensi Pérez & Díez Jorro, (2010), es muy acertada, pues creemos que la alienación parental puede darse también como proceso, en la que se cumple la función de alienación simultánea de ambos progenitores.

3. Características Generales de la Alienación Parental

De los conceptos anteriormente expuestos, podemos extraer algunas de las principales características de la alienación parental: (Bautista Castelblanco, s.f; Becerra, 2007; Martín Colea, 2009; Asensi Pérez & Díez Jorro, 2010; Corsi, s.f; Pedrosa de Álvarez & Bouza, s.f; Tenreiro, 2007; Bertuzzi, 2008; Tessa, 2009).

En primer lugar, tenemos que en la alienación parental, se encuentran vinculados tres sujetos: el alienante, el alienado y el hijo(a), quien es la mayor víctima y eventualmente, también los familiares de estos.

Esta conducta se da generalmente cuando las parejas se separan y existe contienda entre ellos, es decir, cuando en la ruptura conyugal hay de por medio un alto grado de conflictividad.

Otra de las características consiste en que la conducta de manipulación la ejerce casi siempre quien conserva la custodia temporal del menor, que en muchos casos es la madre. No obstante, a como citábamos anteriormente, pueden de igual manera ejercer dicha manipulación los demás miembros de la familia o cualquier otro tercero.

Por otra parte, tenemos que la persona que incurre en esto lo hace porque considera que es una manera de escarmiento severa para el progenitor alienado. El progenitor que realiza esta conducta, supone que a raíz del cese de la relación, está imponiendo un castigo que significa un golpe moral de gran envergadura para el alienado.

En atención a la forma en que se desarrolla la conducta de manipulación se caracteriza por ir acompañada de estrategias sutiles que no dejen en evidencia el fin malicioso del progenitor alienante basado en fomentar odio y desprecio en el menor hacia su otro progenitor.

Finalmente señalamos como principal característica, la producción de un daño. En primer lugar y de manera consciente al otro progenitor, que resulta ser alienado y en un segundo lugar y de manera inconsciente, al niño o niña.

4. Consecuencias de la Alienación Parental

Como se maneja, toda acción produce una reacción, pero en nuestro país sería deseable ver una reacción jurídica a través de una norma destinada a salvaguardar los intereses del niño(a); que cumpla con la función preventiva de la conducta ilícita y en caso de infracción a dicha norma, se castigue al transgresor.

Sin embargo, la realidad jurídica en torno a la alienación parental como tal, es otra, por ello consideramos menester destacar en este apartado, las posibles consecuencias psicológicas que acarrea este tipo de violencia en el menor.

En cuanto a las consecuencias causadas en las niñas y niños víctimas de alienación parental, se plantea que los daños más comunes se producen en torno al menoscabo de su bienestar y en su normal desarrollo psicológico y emocional, llegando de tal forma a dañar su salud mental, según especialistas, el hecho de involucrar a los menores en las contiendas o disputas entre ambos progenitores

les produce en el mejor de los casos, altos índices de estrés emocional, disminución en su rendimiento escolar, entre otras(García Garnica, 2009).

En aquellos casos de mayor gravedad, tales hechos repercuten negativamente en el equilibrio emocional de sus hijos e hijas creando en ellos patologías desde psicológicas hasta psiquiátricas(García Garnica, 2009).

Y es que, por duro que parezca, ya hemos aclarado en reiteradas ocasiones, que inducir el síndrome de alienación parental o realizar la mera conducta de alienación parental, es una forma de maltrato infantil que tendrá repercusiones psicológicas en el niño y que puede engendrar problemas psiquiátricos de por vida(Tenreiro, 2007; García Garnica, 2009; Abdala, 2010).

Según el Dr. Tenreiro (2007), las consecuencias de la alienación parental pueden ser depresión crónica, trastornos de identidad e imagen o el desarrollo de una personalidad enferma y que estos son sólo algunos ejemplos que, en el peor de los casos, conducirán al enfermo a considerar la más trágica de las soluciones a su malestar: el suicidio.

Para el Dr. Norberto Abdala (2010), las consecuencias suelen ser las siguientes:

El menor se muestra contrario a ver o a irse con el progenitor no custodio: en estos casos ha pasado mucho tiempo desde la separación de los padres y el menor no ha tenido contacto frecuente con el progenitor no custodio. Otra de las consecuencias de esta problemática está en el cumplimiento del régimen de visitas realizándose en el domicilio del progenitor custodio provocando situaciones conflictivas o enfrentamientos entre las partes en presencia de los menores, si acaso existe para entonces régimen de visitas.

El menor muestra miedo hacia el progenitor no custodio: en estos casos se han dado situaciones de malos tratos en presencia de los menores hacia su progenitor custodio o incluso sobre ellos mismos. También la actitud de miedo se da en menores que en encuentros anteriores han vivido intentos de

secuestro por el progenitor no custodio o incumplimiento en la devolución en los periodos vacacionales por parte del progenitor no custodio.

El menor no tiene conocimiento de la existencia del progenitor: estos casos pueden deberse a que el progenitor no custodio se separó del menor cuando este era muy pequeño y prácticamente para la hija/hijo es un extraño.

Con esto damos por concluido el primer capítulo de esta interesante labor investigativa y esperamos haber demostrado el impacto que tiene la conducta de alienación parental, lo cual será de gran importancia para el estudio de los demás capítulos.

II. Alienación Parental en las relaciones entre madre, padre e hijos(as)

1. Generalidades de la Guarda y Custodia

La familia constantemente se encuentra en cambios y junto a sus transformaciones, trae consigo una serie de vicisitudes para el Derecho, siendo necesario un ajuste del mismo a las realidades de la convivencia humana. En este caso, según avanzan las realidades sociales de la familia, debe avanzar la regulación del derecho (Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996; Castillo, 2001; Pérez Contreras, 2011).

Sin ánimo de desviar el tema, debemos acotar que las normas que componen el ordenamiento jurídico, deben brindar una mayor seguridad jurídica y protección a cada uno de los miembros del núcleo familiar, especialmente a los hijos e hijas y es este el propósito del avance que explicamos (Pérez Contreras, 2011).

Además, tengamos presente que el artículo 70 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, promulgada el 9 de Enero de 1987 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 5 del mismo día; en adelante, la Constitución dice que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y por ende, merece protección de la misma y del Estado.

Volviendo con los cambios a que hacemos referencia al inicio y que frecuentemente surgen en los grupos familiares, se encuentra lo referido a las separaciones o divorcios entre cónyuges. En relación a este entorno preparamos este capítulo.

En cuanto a las separaciones de las parejas, la transformación de las relaciones familiares, generalmente ocurre cuando se abre paso a las disputas por obtener la guarda y custodia de los hijos(as) (Pérez Contreras, 2011).

En otras palabras, los padres e hijos durante el matrimonio tienen una convivencia común que refleja unidad familiar, empero, una vez que los cónyuges se divorcian, la convivencia de la que hablamos llega a su fin, y todo esto nos dirige a la inconmensurable necesidad de determinar cuál de ellos debe conservar la guarda y la custodia de los niños(as)(Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

Los hijos(as), por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también podrían convivir de manera “compartida” (en alternancia) con ambos. A pesar de lo dicho, debemos estar claros, de todos modos, que los cónyuges se divorcian entre sí, pero nunca con sus hijos(Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

La convivencia es el núcleo de las relaciones entre las personas, es un ideal universal en el Derecho, al cual trata de proteger con sus normas y en consecuencia, toda conducta que perturbe o interfiera en la convivencia social, debe ser castigada. Esto lo ampliaremos en el siguiente capítulo.

Nosotros, primeramente, proponemos señalar los aspectos más relevantes de la guarda y custodia.

Por su parte, Pérez Contreras (2011) sostiene:

La Guarda y Custodia hace referencia a la combinación de Derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad; es decir los hijos, casi siempre.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que: "Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad.

Ragel Sánchez (2001) nos ofrece una diferencia de los términos guarda y custodia.

Sostiene que la palabra “*guarda*” tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es “persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”, deriva del francés antiguo la expresión “ser una persona o cosa en guarda de uno”, lo que quiere decir: “estar bajo su protección o defensa”.

Por otra parte afirma que la palabra “custodiar”, significa, en su primera acepción, “guardar” con cuidado y vigilancia”. Concluye este autor haciendo una relación entre los términos en cuestión y dice que las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esa razón, al ir juntas, esas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado, está reforzada”(Echeverría Guevara, 2011).

Apunta Echeverría Guevara (2011) que los vocablos guarda y custodia deben utilizarse como sinónimos partiendo de que ambos se refieren a una misma efigie, esto es, el cuidado personal que uno o en determinados casos ambos progenitores ejercen sobre sus hijos(as), reservando el término guarda para aquellos casos en los que dicho cuidado personal es desarrollado por un tercero, bien sea tutor, guardador o entidad pública.

Ante esto argumenta que la palabra custodia fue agregada con la pretensión de diferenciar a esta figura de otras afines a ella como lo son por ejemplo la curatela y la tutela, las cuales en ocasiones se relacionan con la guarda.

La guarda y custodia tiene como finalidad ulterior preservar, fomentar y mantener, ante todo, su estado emocional y psicológico, pero no descuida el aspecto material que implica, pues añade que además de cuidar el estado emocional y psicológico del niño(a) es preponderante suplir sus necesidades materiales o de orden económico que tiendan a mantener un nivel de vida aceptable(Echeverría Guevara, 2011).

La fijación de la guarda y custodia implica, para el cónyuge que la recibe en virtud de sentencia judicial, el esencial derecho de convivir y compartir con los hijos (as) todas las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. La ejecución y ejercicio de esta, fija su contexto en el quehacer cotidiano y domestico proporcionando al progenitor que la ostenta la oportunidad de desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el niño(a)(Echeverría Guevara, 2011).

Pese a lo señalado, el hecho de otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores supone una serie de problemas, algunos de interpretación y otros que se hacen visibles desde el punto de vista social y jurídico:

Primeramente tenemos que dejar claro que la guarda y custodia puede otorgarse a cualquiera de los dos progenitores. Si estos llegan a ponerse de acuerdo, no existe, entonces, discusión alguna en torno a quién se le otorga y el juez solamente ratificará y declarará lo decidido, salvo que considere que existe riesgo para el bienestar del menor.

Si los progenitores del hijo(a) no se pusieron de acuerdo previamente, será el juez el encargado de decidir tomando en cuenta varios factores que en general configuran el principio rector imperante en el derecho de familia, el interés superior del niño y la niña; implicando esto el compromiso de cumplir la satisfacción integral de los derechos de los niños y niñas(Cillero Bruñol, 2002; Reguera González, 2006; Pérez Contreras, 2011;Echeverría Guevara, 2011).

Pérez Contreras (2011) sale al paso y dice que por el hecho de otorgarse la custodia a favor de uno de los padres, no resulta exento el otro progenitor del cumplimiento de las obligaciones que le asisten en virtud de la filiación y el parentesco pero que además son obligaciones que le impone la ley, con respecto al menor; no obstante, también le ampara para el ejercicio efectivo de su derecho de convivencia respetando los términos en que lo manifiesta la legislación y la resolución judicial.

Siguiendo con la misma idea, si se otorga la custodia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres bajo cualquier argumento de orden natural o de género,

se podría entender que existe preferencia de uno sobre el otro y esto obviamente acarrea problemas de índole constitucional, pero además violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección ante la ley (Pérez Contreras, 2011).

Ambos progenitores están capacitados y habilitados para el cuidado de los hijos(as), si asumimos la igualdad de circunstancias del hombre y la mujer y por el interés superior o el mejor interés de los menores.

Nos enseña Pérez Contreras (2011) que en todo momento nos encontramos con estereotipos de género y prácticas culturales que siempre perjudicarán a una de las partes, pero no existen argumentos válidos para descalificar a un progenitor respecto del otro en la crianza de sus hijos(as).

Lo que es cierto, es que para atribuir la guarda y custodia a alguno de los progenitores, es menester atender a las circunstancias del caso y algunos criterios legales, como por ejemplo: el derecho de audiencia de los menores, no separación de hermanos, la edad de los menores, el tiempo de que disponen los progenitores para el cuidado y protección de los menores, la convivencia del solicitante con una tercera persona, el lugar de residencia, etc., y todo esto conforma el principio del interés superior del niño o niña que en muchos casos ya se encuentra afectado por el proceso de crisis y la separación de sus padres (Reguera González, 2006; Fernández Doyague, 2007).

Es obligatorio para nosotros mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Nicaragua el 5 de octubre de 1990, en adelante le llamaremos con su nombre completo o solamente como la convención; es un instrumento internacional que trata de garantizar la bienandanza y la estabilidad personal de los niños(as).

La convención establece en su artículo 3 que en todas las medidas que sean concernientes a los niños y las niñas, que hayan de ser tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los parlamentos o bien asambleas, deberán tener presente aquella consideración que más le convenga a los niños y niñas de acuerdo a su dignidad humana y todo esto equivale al interés superior del niño y la niña como base de toda sentencia judicial en que esté vinculado un niño(a).

Nuestra consideración al respecto, es que además de todo lo que se dice en la doctrina por los especialistas, antes de otorgarse la guarda o custodia de los hijos(as), resultaría prudente someter a los padres y a los menores a estudios psicológicos para determinar si la preferencia del menor para vivir con cualquiera de sus padres es voluntaria y espontánea, es decir, si dicha preferencia no está manipulada o influenciada por alguno de los progenitores o terceros, lo cual supondría la configuración de alienación parental.

Ciertamente se estaría garantizando, también, la efectiva ejecución del principio legal del interés superior del menor, que es tan invocado por todos. En este capítulo, nos seguiremos refiriendo a este punto.

2. De la relación entre madre, padre e hijos (as) y su regulación jurídica

Una vez que hemos señalado algunas generalidades de la guarda y custodia, tomamos en cuenta la existencia de una figura antiquísima en el derecho de familia, la cual se denomina “patria potestad”, en adelante “Relaciones entre Madre, Padre e Hijos”, porque así lo reconoce nuestra legislación, regulándola en el Decreto 1065, Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos del 24 de Junio de 1982, publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 155 del 3 de Julio de 1982; en adelante “Decreto 1065”; por considerarla un término inadecuado.

Ahora, pretendemos reseñar por qué en Nicaragua y algunas legislaciones se consideró despectivo el término patria potestad que ideaba la relación paterno-filial.

En un principio, para los tiempos del Derecho Romano, la patria potestad consistía en el poder absoluto y despótico a favor del paterfamilias. Díez-Picazo & Gullón, 2004 aportan que la personalidad del paterfamilias y la inflexible noción de su potestad y poderío, suprimían a los descendientes el derecho de poseer y adquirir, mientras viva un ascendiente.

En otras palabras, se dice que el ostentoso, concebido en la jefatura doméstica o soberano entre su grupo familiar, niveló, en cierto modo, a hijos y esclavos, hombres y cosas, en la uniforme sumisión a su voluntad (Arangio-Ruiz, 1986; Díez-Picazo & Gullón, 2004).

Anteriormente nuestra legislación reconoció la relación paterno-filial, en términos generales, como patria potestad, no obstante, una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI que no debe concebir los retrasos socio-culturales entre sus miembros, sugirió que el término de relaciones entre madre, padre e hijos es más justo e igualitario desde la perspectiva de género, dado que evoca a ambos progenitores, no únicamente al padre como sí ocurría con la definición de patria potestad, la cual se ejercía en interés del padre y no en beneficio del hijo (Pinto Andrade, 2009; Echeverría Guevara, 2011).

Por otro lado, el considerando V del preámbulo del decreto 1065, establece que el término "Patria Potestad" representa un obstáculo que existe en nuestro Código Civil para permitir la igualdad entre la mujer y el hombre.

Una vez que hemos explicado esto, suponemos que existe una innegable relación entre la guarda y custodia y las relaciones entre madre, padre e hijos, más allá de la relevante conexión que se les da por pertenecer al Derecho civil y esto es lo que trataremos de explicar a continuación.

En atención a lo descrito, determinamos que la principal diferencia entre una figura y otra radica en la dimensión y alcance de ambas y en la puesta en ejercicio de las mismas. Podemos decir que la guarda y custodia es una parte integrante de las relaciones entre madre, padre e hijos, sin embargo esto no implica que cada una tenga su propia fisionomía (Díez-Picazo & Gullón, 2004; Echevarría Guevara 2011).

Según los autores citados, en el caso de las relaciones entre madre, padre e hijos prima el deber sobre el derecho y se caracteriza por ser irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, corresponde a ambos progenitores pese a que su ejercicio pueda tenerlo uno solo o ambos; así pues para la guarda y custodia importa el vivir, cuidar, educar y asistir a los hijos(as).

Generalmente se encuentran dos situaciones distintas: la primera es que si los progenitores están en convivencia, la guarda y custodia se hallan inmersas en la patria potestad, que como aclaramos, en Nicaragua se conoce como relaciones entre madre padre e hijos. El segundo supuesto es que si los progenitores están separados habrá que acordar quién tendrá la guarda y custodia, porque la relación entre madre, padre e hijos se sabe con certeza que la ostentan ambos progenitores(Pinto Andrade, 2009; García Garnica, 2009; Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

En otras palabras, debemos hablar del ejercicio de las relaciones entre madre, padre e hijos como un concepto general y de la guarda y custodia como un concepto especial, es decir, una relación de género y especie, en el que el género son las relaciones entre madre, padre e hijos y la especie la guarda y custodia(Echeverría Guevara, 2011; Pinto Andrade, 2009; García Garnica, 2009;Pérez Contreras, 2011).

En otro sentido, una razón de retrasar la separación de una pareja fracasada, es cuando existen hijos de por medio. A veces no existe ningún vínculo afectivo entre los progenitores pero no consuman la separación porque esto indudablemente afectará a sus hijos(as); pero también es seguro que es peor para el niño(a)

presenciar las riñas entre sus padres (Reguera González, 2006; García Garnica, 2009; Echeverría Guevara, 2011).

Según los exponentes, lo que se propone es que en todo momento deben los cónyuges estar claros que la convivencia entre ellos es fundamental en sus vidas, sin embargo, esta podría entrar en crisis, y los cónyuges pueden asumir que la ruptura de la relación podría acaecer en algún momento y esto, incluso, lo tiene bien sabido la ley, tanto así que se incluye la figura del “matrimonio” para la convivencia y el “divorcio” para la ruptura de la convivencia.

Entonces, en ese sentido, es muy importante que la pareja siempre tenga un punto de convergencia en lo relativo a la guarda y custodia de sus hijos(as). Pensamos nosotros que la comunicación y la comprensión son elementos fundamentales en toda relación.

Pese a la separación conyugal, siempre que la pareja haya procreado hijos(as) subsistirá la relación entre madre, padre e hijos. Podrá acabarse la relación afectiva entre los progenitores, la guarda y custodia sobre su hijo(a) pero la relación de parentesco que los vincula tanto sanguínea como jurídicamente subsistirá para siempre (García Garnica, 2009; Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

Al respecto, afirma Echeverría Guevara (2011) que cuando ocurre la ruptura o disolución del vínculo matrimonial o de una relación de hecho entre dos personas, en la que existen hijos(as) de por medio, no acontece una separación absoluta entre ambas personas, en la que puedan seguir independientemente cada uno por su lado, sino, que seguirán manteniendo, de por vida un vínculo indisoluble, la filiación de los hijos(as) comunes.

En otras palabras, en esos casos, las relaciones familiares no cesaran por completo, más bien necesitaran ser reorganizadas y adecuadas a su nueva realidad personal debiendo realizarse de la forma más respetuosa posible, velando y priorizando en todo momento el interés superior de los hijos (as) menores (García Garnica, 2009; Echeverría Guevara, 2011).

Volviendo con nuestra legislación, el considerando IV del preámbulo del decreto 1065 hace referencia al contenido de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos, aludiendo que se trata de un conjunto de responsabilidades en las cuales se ejercita la función confiada a los progenitores de proteger, educar, representar, instruir y cuidar a los hijos menores, así como la toma de conciencia de Padre y Madre de esta responsabilidad.

Seguidamente, el Artículo 1 del mismo cuerpo normativo, añade que en virtud de esta figura, corresponde conjuntamente al padre y a la madre el cuidado, crianza y educación de sus hijos menores de edad, lo mismo que la representación de ellos y la administración de sus bienes.

Al tener conocimiento del contenido y alcance de esta figura jurídica, la cual prevalece independientemente de que los progenitores estén juntos o no, se sabe que partiendo de la idea de garantizar el interés superior de los niños(as) ambos progenitores están llamados a no menoscabar ni eludir ese conjunto de Derechos y Deberes que en virtud de esta figura se le confieren tanto al Padre como a la Madre para con sus hijos(as) (Reguera González, 2006; Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

Nuestro sistema jurídico, desde el punto del derecho civil y el derecho internacional, nos provee una amplia serie de instrumentos jurídicos que evitan la ruptura de las relaciones paterno-filiales.

Con estos instrumentos jurídicos es posible lograr tal objetivo, adaptando los derechos y deberes de los progenitores respecto a sus hijos(as) a la nueva situación, estableciéndose como punto de partida la premisa de que la separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos(as) manteniéndose vigente las relaciones entre madre, padre e hijos(as) a cargo de ambos progenitores pese a la ruptura entre ellos (García Garnica, 2009).

Así pues, el Decreto 1065, es el principal instrumento encargado de garantizar el goce pleno de los derechos y deberes de los padres para con sus hijos(as) y establece claramente las funciones que los progenitores deben realizar en el

ejercicio de las relaciones entre padres e hijos(as), entre las cuales destacan suministrara los hijos (as) la alimentación adecuada, vestido, vivienda, procurar los medios necesarios para su educación formal y en general los medios materiales necesarios para su desarrollo físico y la preservación de su salud.

Los padres están obligados a representar judicial y extrajudicialmente a los hijos(as). El artículo 4 del Decreto 1065, establece que en lo que atañe a la dirección de la persona, los padres decidirán todo lo relativo a este aspecto de forma conjunta o de forma independiente, suponiendo que hay acuerdo entre ellos, si aun conviven; pero si el hijo vive con un solo progenitor, será el que está a su cuidado quien decidirá.

En lo que a la administración de los bienes del menor concierne, deben actuar siempre en conjunto, pero si el hijo(a) vive solo con un progenitor y se requiera la autorización judicial, siempre deberá ser oído el otro progenitor; si no se requiere la autorización judicial, el progenitor que lo cuida puede actuar de forma independiente.

Ante desacuerdos entre ambos progenitores sobre situaciones que afecten la formación de sus hijos(as) o la estabilidad familiar, señala el decreto que el Tribunal competente resolverá la cuestión procurando el beneficio de los menores.

Por otra parte, el artículo 10 del Decreto 1065 afirma en su numeral 4 que no participará en las decisiones y actividades relativas a la conducción de la persona y en la administración de los bienes del hijo, la madre o el padre que someta al menor a maltratos físicos, síquicos o morales, capaces de lesionar su salud, su integridad física o su dignidad.

La legislación en el artículo mencionado, entiende la gravedad de realizar prácticas que sometan y descalifiquen al niño(a), hasta el punto de crearle una lesión de cualquier tipo, como en el caso de la alienación parental y así lo entiende, por ejemplo, cuando impone un castigo severo con carácter restrictivo al progenitor que incurra en estas actividades; incluso desde nuestro punto de vista,

no puede descartarse responsabilidad penal en estas conductas, lo cual veremos después.

Según nuestro criterio, pensamos que debemos estar claros que independientemente del progenitor que ostente la guarda y custodia del hijo, ambos padres deben abstenerse de practicar todo tipo de actividades que dañen las concepciones paternas de sus hijos(as).

Específicamente, estamos diciendo que no deben manipular o programar a sus hijos(as) en contra del otro progenitor, pues sin razón de ser y sin sentido alguno ocurre con frecuencia en nuestra sociedad este fenómeno que en Nicaragua pensamos debe ser castigado por considerarse un tipo de violencia sutil, pero que genera consecuencias de gran magnitud en la persona alienada.

La práctica de estos hábitos maliciosos, lejos de garantizar el bienestar del menor, generan traumas en los mismos, lesionando su salud, tanto física como moral y centrándonos en el aspecto estrictamente personal más allá de lo jurídico provoca grandes problemas relativos al desarrollo psicológico y afectivo de los niños(as) que son víctimas de esa conducta (Cillero Bruñol, 2002; García Garnica, 2009; Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

Todo lo dicho afecta la convivencia familiar, situación que debe ser cuidada por los miembros de la familia y el Estado en medida de sus posibilidades está obligado a garantizar los mecanismos para tratar de mantener la armonía y unión familiar que descansa en el respeto, la igualdad y la solidaridad, según la Constitución Política de Nicaragua.

Siguiendo con la dirección de la persona del menor y la administración de sus bienes, en nuestra legislación existe una disposición, específicamente el artículo 6 del decreto 1065, que establece que cuando los progenitores estén separados y no haya acuerdo entre ellos en la dirección de la persona del menor y la administración de sus bienes, pero además que ambos signifiquen una garantía equivalente para el desarrollo óptimo del menor, se dará en todo caso preferencia

a la madre, en tanto el hijo(a) no haya cumplido los siete años de edad, pues si el niño(a) ya tiene la edad requerida, deberá ser escuchado.

Opinando sobre dicha norma, podría afirmarse que la ley incide en tratos desiguales, pues en el supuesto regulado por ella, ambos progenitores cumplen las mismas condiciones y presumen ser una garantía para el desarrollo del niño(a), sin embargo ofrece preferencias a la madre para el cuidado de los hijos; pero no brinda argumentos convincentes que justifiquen la preferencia por la madre por encima del padre.

A nuestro criterio la ley se contradice en tanto su preámbulo autoconcede el mérito de ser un cuerpo legal moderno y evolutivo que transforma el sistema jurídico y que se integran en él los nuevos elementos que configuran el rumbo social y próspero de las personas que suponga la igualdad de tratos a los ciudadanos; que sienta el precedente legislativo que brinda un trato equitativo a hombres y mujeres con mismas capacidades y principalmente que rompe con el sistema patriarcal que encabeza la cultura social de nuestros ciudadanos.

Sin embargo, contrario a esto, al dar preferencia expresamente a la mujer para velar por los niños(as), se demuestra la influencia que aun imponía el sistema patriarcal en el que únicamente el hombre es capaz de llevar el sustento a su hogar y la mujer es la encargada del hogar y del cuidado de los hijos. A pesar de esto, no debemos apartar que la ley fue creada hace más de dos décadas.

Sin dejar de tomar en cuenta el derecho del niño, a ser escuchado, reflexionamos también que debe dársele la debida importancia a este aspecto tan delicado y que el judicial tiene que resolver apegado a derecho y asumiendo la firme certeza de que la decisión del menor de vivir con su padre o madre no está influenciada, pues el juez está intimado a velar por el cumplimiento de todas las medidas que garanticen el fin imperante y primordial en estos casos que es el bienestar y desarrollo integral del niño o niña.

Dicho de otra manera, ya que una vez el niño ha cumplido la edad requerida, según el decreto 1065, se le debe escuchar, pensamos que, aunque lo que este

decida no es determinante, debe ser tomado por el juez como dos oportunidades: primero para comprobar si lo que dice el niño es voluntario, o contrario a esto, es inducido, en cuyo caso se debe someter al menor a estudios más rigurosos para confirmar o descartar la conducta de alienación parental.

La otra oportunidad que suscita en este supuesto, es que se abre al juez la ocasión de dictar una sentencia loable y justa.

En otro orden, es menester aclarar que el hecho de que recaiga sobre uno de los progenitores el cuidado y representación del menor, no conlleva necesariamente al alejamiento entre el hijo y la madre o el padre excluido, si entre ellos existen relaciones que beneficien el desarrollo del menor, que es lo más importante (Reguera González, 2006; Echeverría Guevara, 2011; Pérez Contreras, 2011).

Los autores y nosotros hemos venido señalando que el hecho de separación o divorcio entre cónyuges no implica la ruptura de las relaciones paterno-filiales, por tanto, tampoco se extinguen las obligaciones que se tengan para con el niño(a), sino que estas subsistirán y el tribunal debe regular dichas relaciones armonizándolas con la nueva situación. Esta relación está regulada en la legislación de Nicaragua.

Así la Ley 623, Ley de Responsabilidad Paterna y Materna del 17 de mayo de 2007, publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 120, del 26 de junio de 2007, en adelante “Ley 623” se enlaza al Decreto 1065 para brindar protección jurídica a las relaciones paterno-filiales y proporciona una serie de mecanismos en esta materia que se destinan a garantizar la salvaguarda de dichos vínculos.

La Ley 623 señala que estas relaciones figuran como un derecho que tienen los hijos(as) a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de estos y que el mismo derecho se extiende a los demás familiares tanto por línea paterna como materna.

Precisa, también, que el Ministerio de la Familia es un órgano de acceso a las familias, valga la redundancia, y que podrá actuar como conciliador con el fin de contribuir al ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad responsable, sin perjuicio de que las y los interesados ejerzan sus derechos ante el juzgado de familia correspondiente.

El mismo cuerpo legal pretende, sobre todo, la conservación de las relaciones entre madres, padres e hijos(as) tomando en cuenta que la familia es el motor de toda sociedad y su objeto es regular el derecho de las hijas e hijos a pedir de forma alternativa la resolución de conflictos en materia de alimentos y de visitas a través de mecanismos administrativos y judiciales, ágiles y gratuitos.

Se define en la Ley 623 como paternidad y maternidad responsable, aquel vínculo que une a padres y a madres con sus hijos e hijas, que incluye derechos y obligaciones ejercidos de forma conjunta y responsable en el cuidado, alimentación, afecto, protección, vivienda, educación, recreación y atención médica, física, mental y emocional de sus hijas e hijos, a fin de lograr su desarrollo integral.

Tomando en cuenta lo que hemos mencionado anteriormente, el interés superior del niño(a), es entendido en esta ley como todo aquello que favorezca el pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural y social de los niños y niñas en consonancia con la evolución de sus facultades y que le beneficie en su máximo grado.

En lo que respecta a las visitas, de acuerdo a esta Ley, el progenitor que no ostenta la guarda y custodia sobre su hijo(a) puede estar en comunicación con el mismo, pues conforme el régimen de visita que plantea la norma como uno de los principales derechos, podrá ese progenitor ejercer de esta forma una relación afectiva con el niño(a).

El artículo 22 de la Ley 623 especifica que los hijos e hijas que no vivan con su padre o madre tendrán derecho, como mínimo, de relacionarse con sus progenitores un fin de semana cada quince días y durante las vacaciones

escolares, de navidad y fin de año, de forma equitativa entre el padre y la madre, salvo que sea contrario al principio del interés superior del niño.

En cuanto al derecho de los niños(as) a ser escuchados, que referimos un poco antes, según apuntan la Ley 623, el Decreto 1065 y la Convención Sobre los Derechos del Niño, estos deben ser escuchados en todo procedimiento administrativo que afecte sus derechos, libertades y garantías sea de forma personal o por medio de representante legal o de la autoridad competente en consonancia con las normas correspondientes y en función de la edad y madurez..

Dentro del marco legal, cuyo objetivo es la protección y conservación de las relaciones entre Madre, Padre e Hijos(as) y siempre a la luz del interés superior del niño(a), cabe mencionar que el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287, aprobado el 24 de Marzo de 1998, Publicado en la Gaceta Número 97 el 27 de Mayo de 1998, en adelante Ley 287, contiene un capítulo que regula la convivencia familiar; en su artículo 21 apunta que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su familia, haciendo hincapié que en virtud de ese derecho no deberán ser separados ni de su padre ni de su madre.

Esta disposición está basada en el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño que dice lo mismo. Siguiendo la misma perspectiva, el artículo 27 de la Ley 287 establece el derecho de todo niño(a) y adolescente de mantener relaciones personales, periódicas y de contacto directo con sus progenitores aun cuando exista separación de los mismos o cuando residan en países diferentes, así como con sus abuelos y demás parientes.

Como toda regla tiene su excepción, el propio artículo 21 de la Ley 287 designa las particularidades que coartan el ejercicio de las prerrogativas que concede, limitando así los derechos señalados cuando la convivencia con uno o ambos de sus progenitores represente un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del menor, lo cual debe justificarse a través de una resolución judicial.

Estas excepciones están de igual forma reguladas en el artículo 9 de la convención.

Fuera de estos casos, continúa expresando la Ley 287, tanto al padre como a la madre corresponde en conjunto encargarse de la formación integral de sus hijos(as), pues bien sabemos que las relaciones familiares deben descansar en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre los padres y madres.

Como hemos podido observar en los distintos cuerpos legales que hemos mencionado, nuestra legislación se decanta por el interés de proteger, tutelar y amparar la subsistencia o conservación de las relaciones entre madres, padres e hijos(as), en tanto y cuanto se trate de relaciones que brinden a los niños y niñas un máximo desarrollo integral, un bienestar psicológico y emocional y en general que les propicie una excelente calidad de vida, pudiendo crecer y formarse en un futuro como hombres y mujeres de bien.

III. Derecho Penal y Alienación Parental

1. *El Derecho Penal*

Sostiene Luis Jiménez De Asúa (1964), que para las sociedades que han formulado los Códigos, la penalidad aparece como una “función necesaria de defensa social”, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente.

Plascencia Villanueva (2000) afirma que la denominación de Derecho penal es un termino relativamente novedoso, pues fue hasta principios del siglo XIX que se empezó a utilizar en situación de “derecho criminal”, el cual aludía al crimen.

Consideramos necesario empezar este capítulo definiendo rápidamente lo que es Derecho Penal, en sentido formal:

Para Welzel (1956):

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.

Para Mir Puig(1990):

Son normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, penas y (o) medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.

Luzón Peña (1996) sostiene:

...el Derecho penal es una rama, parcela o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delinciente y les asignan, como consecuencias jurídica más importantes, penas o medidas de seguridad.

Para Roxin (1997):

El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o una medida de seguridad y corrección.

Como podemos observar, los tres autores definen casi de la misma manera lo que es Derecho penal, suponiendo como elementos principales, el conjunto de normas reguladoras y la sanción.

Nosotros consideramos acertados estos conceptos ofrecidos, pero notamos una particularidad en el concepto que nos regala Luzón Peña (1996), pues además de incluir lo elementos que hemos mencionado, le da también importancia a las circunstancias del delincuente.

Lo que es indubitable es que la sociedad constantemente innova en sus actos, por lo cual, inmuta al Derecho para que se mantenga al tanto y regule la actuación de los sujetos a través del alcance de sus brazos o ramas, y de esta manera evitar que incurran en prácticas indebidas que restrinjan o vulneren los derechos de los demás sujetos (Jiménez De Asúa, 1958; Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990).

En la sociedad actual existen distintos medios de control, entre ellos la familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, etc., y el Derecho Penal constituye también un medio de control social. Mir Puig (1990) divide a los primeros en medios de control social informal y al derecho penal como medio de control social jurídico y formalizado(Luzón Peña, 1996).

Como todo medio de control social, el Derecho Penal, tomando en cuenta de lo que trata por lo que hemos señalado respecto a esta rama jurídica, se compone de normas destinadas a prevenir o evitar conductas sociales que se consideran lesivas, incurriendo a la imposición de sanciones en caso de que se cometan actos que menoscaben los intereses de los demás miembros de la sociedad. A esto nos referiremos a lo largo del capítulo (Jiménez de Asúa, 1964; Mir Puig, 1990; Muñoz Conde, 1985; Luzón Peña, 1996).

Todos los ciudadanos conformamos la sociedad, por tanto, es necesario mantener un orden que suponga la igualdad y vele por la bienandanza de las relaciones entre sí, de manera que el Derecho está obligado a limitar la conducta de los ciudadanos y el Derecho Penal como tal, por naturaleza, se mantiene en última escala y se utiliza únicamente cuando estamos tratando con situaciones graves, que atentan contra la estabilidad de la colectividad y por ello, tiene la obligación de crear preceptos jurídicos con el fin de evitar que los miembros de la sociedad resulten o estén en peligro de ser dañados por ellos mismos (Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996).

Cabe señalar que cada materia crea normas vinculantes con una estructura definida para intimar y para limitar la conducta de la sociedad (Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996).

Para fortalecer lo que hemos dicho, indudablemente el Derecho Penal tiene que actuar cuando las demás ramas del Derecho no son suficientes o no tienen como función crear normas para la prevención de los actos indebidos dentro del marco de la normalidad en la sociedad o no crean normas para el castigo de estas conductas, una vez que se hayan realizado. Esto es conocido en el mundo jurídico como “principio de intervención mínima o de última ratio” (Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996).

Entonces, todo lo que hemos explicado significa que el Derecho Penal debe mantenerse reservado y limitado solo a aquellas cuestiones que no puedan resolverse a través de otros medios, que no hallen subsunción en materias alternas y que dañen o pongan en peligro bienes jurídicos de la sociedad a título individual o a título colectivo, es decir, es la ultima ratio o última razón a utilizar como medio de resolución de controversias (Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990).

2. La norma jurídico-penal

Las normas penales son toda regulación de conductas humanas en relación a la convivencia social. Regulan ciertos aspectos problemáticos y externos de la vida del hombre en sociedad que impidan la convivencia social y esto debe hacerlo con carácter vinculante, imponiéndose coactivamente si es necesario (Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996).

Estas normas son vinculantes y deben ser acatadas y respetadas por las personas. El hecho de obedecer estas normas, se convierte en una condición indispensable para la convivencia de los miembros de la sociedad (Jiménez de Asúa, 1964; Muñoz Conde, 1985; Mir Puig, 1990; Luzón Peña, 1996; Cerezo Mir, 1996).

Como podemos analizar, la convivencia entre las personas es un presupuesto ideal para que se realicen de manera apacible las relaciones entre los ciudadanos, es por ello que se establecen normas vinculantes que exigen ser respetadas por los miembros de la comunidad.

Dicho esto, evidentemente, la norma penal tiene como base la conducta humana que pretende regular y una vez que la norma ha sido creada y goza de validez entre la sociedad, dará lugar a las posibilidades de convivencia (Muñoz Conde, 1985; Luzón Peña, 1996; Cerezo Mir, 1996).

De acuerdo con Muñoz Conde (1985) y Luzón Peña (1996), como es de esperarse, las normas penales deben contar con una estructura y se forma por una proposición compuesta de dos elementos a considerar: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

La norma, entonces, se articula como proposición hipotética y de deber ser, formulándose de la siguiente manera: si sucede el supuesto de hecho, que es el delito o, en ciertos casos, las circunstancias de peligrosidad del autor, debe darse la consecuencia jurídica, que pueden ser penas, a veces medidas de seguridad o

en otros supuestos también consecuencias accesorias (Muñoz Conde, 1985; Luzón Peña, 1996).

En otras palabras, lo que hemos aseverado es que sólo a través de las normas penales se puede ejecutar la finalidad del Derecho Penal, que es la prevención del delito y la consecuencia de la transgresión, o sea la sanción.

3. Derecho Penal y Familia

El Derecho de Familia y el Derecho Penal, están vinculados no únicamente por su género, las Ciencias Jurídicas, sino también por cuestiones relativas en sus especialidades; así el Derecho Penal acoge entre sus alcances, aspectos del Derecho de Familia con la finalidad de proteger a la familia misma, por su relevancia en la sociedad, a como manda el capítulo IV de la Constitución.

Si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como declara la Constitución en el artículo 70, pero además, le da derecho a ser protegida, deben garantizarse, entonces, las condiciones indispensables para el ejercicio de este derecho, lo cual suponga la armonía y el desarrollo de la familia.

Razonamos que garantizar las condiciones indispensables para tal ejercicio, debe suponer, entre otras medidas, establecer regulaciones jurídicas destinadas a prevenir y sancionar acciones maliciosas que atenten contra la tranquilidad de la misma y que inmutan su intimidad, por tanto, toda vez que el Estado no se esfuerce en tomar las medidas pertinentes, incurrirá en falta de protección a la familia.

No es secreto que Nicaragua ha avanzado en la modernización del Derecho penal interno y concretamente se muestra evidente con la lectura y análisis del Código Penal de Nicaragua, el cual trata de armonizar y adecuar las conductas ilícitas a las concepciones modernas del mundo jurídico-penal.

El Derecho Penal, en esta forma, dota de herramientas a la familia para proceder en casos de que exista peligro o se consuman vulneraciones a la misma, además de tipificar como delitos, acciones que eventualmente llegaran a ejercerse en su contra, pero consideramos que, a pesar de destinar un título especial a este tema, no es suficiente para regular las acciones que supongan vulneraciones a las relaciones de la familia misma.

El Título V del Código Penal (CP), Delitos contra la Familia, se divide en cuatro capítulos:

El primero infiere los delitos contra el estado civil y regula acciones relativas al matrimonio y al registro civil.

El capítulo segundo trata de la alteración de la maternidad y paternidad, incluyéndose en este, delitos como simulación de partos y alteración de afinidad, sustitución de niño(a).

El capítulo tercero se refiere al incumplimiento de deberes alimentarios y esa es la única acción que regula.

El cuarto y último capítulo referido a delito contra las relaciones madre, padre e hijos, tutela y guarda, acoge como único tipo delictivo, la sustracción de menor o incapaz.

Como se hace apreciable, el código penal, lamentablemente, aunque se trata de un cuerpo normativo moderno, creemos nosotros que no regula a cabalidad todas las situaciones que puedan menoscabar las relaciones familiares y como consecuencia, no ofrece la protección meritoria a la misma.

Quizá sería conveniente, según nosotros, interesados en el último capítulo del título aludido, añadir como tipo penal, la alienación parental o bien el hecho de no permitir el régimen de visita, acción cuya única justificación aceptable sería que el juez haya ordenado no permitir que el progenitor que no tiene la guarda o custodia, vea al niño(a).

La primera acción está siendo analizada por nosotros en este apartado, desde el punto de vista penal, dado que es el tema central, pero en el caso de no permitir el régimen de visitas, sin que el juez haya ordenado restricción del mismo, esta acción atenta contra el derecho del progenitor no custodio, a la intimidad y relacionarse con su hijo y viceversa.

4. Propuesta de elementos que pueden configurar el delito de Alienación Parental

Nosotros pensamos que aún es prematuro establecer con exactitud todos los elementos de esta acción, enmarcados en los elementos del delito como tal y no nos atrevemos a aseverar con firmeza inobjetable los mismos, por considerar que es necesario hacer un estudio mucho más profundo, destinado específicamente en esa dirección.

No obstante, trataremos de analizar en detalle, la conducta que eventualmente pudiera constituir el delito, deduciendo también los elementos básicos del mismo:

Tenemos que, en caso de tomarse en cuenta la alienación parental como delito, proponemos que la conducta “delictiva”, consista en aquella en la que el progenitor promueva o induzca la interferencia en la formación, el desarrollo y la integridad psíquica y física de un niño(a), a través de la manipulación con el objetivo de provocar en este, odio hacia el otro progenitor o los familiares del mismo, perjudicando con esta conducta, los vínculos que unen a su hijo con el progenitor alienado o los familiares de aquel.

Este delito puede ser cometido también por los familiares del progenitor o por quien ostente la dirección de la persona del menor.

4.1 Bien Jurídico a proteger en el delito de alienación parental

Cuando se habla de las normas jurídicas del Derecho Penal, se habla de protección de bienes jurídicos, por eso hemos decidido referirnos un poco a este tema.

Cerezo Mir (1996) sostiene que no sólo el particular como tal es portador de bienes jurídicos, sino también la comunidad en general, dado el carácter público del Derecho Penal, por tanto, se atribuye al Estado la función de imponer una sanción. Por todo esto, el autor afirma que el bien jurídico es, por ello, siempre un bien del Derecho y no del particular.

Los bienes del individuo solamente son protegidos por el Derecho Penal en la medida en que revisten una importancia social, en consecuencia, esta materia no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto, pues estos han de cumplir su función en la vida social. Así mismo, se maneja que el objeto de protección del Derecho es el bien jurídico y no el interés que eventualmente pueda tener en él su portador (Cerezo Mir, 1996).

Existe otra corriente en el Derecho Penal cuyos autores afirman que se escoge el término bien jurídico para indicar que se designa algo más amplio que el concepto de “derecho” o “derecho subjetivo”: hay bienes jurídicos que coinciden con derechos reconocidos por otras ramas jurídicas o incluso constitucionalmente tutelados, como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, a la intimidad o el derecho de propiedad, pero también pueden ser bienes jurídicos intereses o relaciones, individuales o sociales que no tengan la conceptualización estricta de derechos. Fuera de esto, no hay unanimidad en la caracterización exacta de lo que es el bien jurídico (Luzón Peña, 1996; Roxin, 1997).

Luzón Peña (1996) coincide con Von Liszt que en 1886 planteaba que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el Derecho positivo y consiste en un concreto interés, valor o realidad valiosa, de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de éstas y por ello merece protección jurídica.

Para el autor español, la perspectiva de Von Liszt permite limitar el "*ius puniendi*" o derecho a castigar, exigiendo que sólo se creen tipos penales cuando se vean afectados concretos bienes jurídicos personales o sociales y no simplemente cuando una conducta sea inmoral o desviada respecto a las pautas sociales mayoritarias, y criticar y pedir la reforma del Derecho positivo cuando la ley haya creado tipos que realmente no protegen ningún bien jurídico concreto (Luzón Peña, 1996; Roxin, 1997).

Estamos seguros que nosotros no somos los más indicados todavía para intervenir con concepciones determinantes en esta discusión, sin embargo, nos atrevemos a pensar que por el hecho de ser el Estado el indicado para imponer sanciones, no quiere decir, entonces, que el bien jurídico es un bien únicamente del Derecho y no del particular.

Creemos que no sólo es bien del Derecho, sino también del particular, en tanto que tenemos la obligación de recordar que sin la existencia de la sociedad -compuesta por particulares- no tendría sentido alguno la existencia del Derecho.

La sociedad está compuesta por particulares con culturas e intereses distintos y la forma en que el sujeto busca la satisfacción de esos intereses, es lo que trata de regular el Derecho, proponiendo, en consecuencia, que cuando busque satisfacer mis intereses, lo haga de la manera que no perjudique ni intervenga en la esfera jurídica de otro, o sea, lo haga conforme a Derecho. Por tanto, el Derecho regula el ejercicio de los intereses de los particulares y los bienes jurídicos representan los intereses de los particulares y de la sociedad.

Consideramos inobjetable que los bienes jurídicos revisten una importancia social, pero la cuestión de fondo que se discute es que si el Derecho regula los intereses de los particulares, por lo cual nuestra consideración es que si el Derecho protege, a través de la regulación, a los bienes jurídicos de la sociedad y por ende también de los particulares, consecuentemente estará protegiendo y regulando también los intereses de la sociedad y también de los particulares.

Como debe esperarse conforme a lo dicho, compartimos la opinión de Luzón Peña (1996) y de Roxin (1997), quienes a su vez siguen los pasos, en este tema, de Von Liszt, quien con sabiduría y acierto se refirió a esto en 1886.

Pues bien, una vez que se ha dejado claro lo que significa el bien jurídico protegido por la norma penal, corresponde ahora determinar cuál sería el bien jurídico protegido en el delito de alienación parental, el cual se propone que sea la integridad psíquica y física del niño(a) y las relaciones entre madre, padre e hijos.

Cuando se habla de integridad psíquica, se hace alusión al desarrollo mental y emocional normal del niño, lo cual se ve seriamente afectado por la manipulación de la que es objeto. En cuanto a la integridad física, aunque la manipulación del progenitor o de los parientes no causan directamente daños físicos, indirectamente pueden suscitarse cuando el niño afectado emocionalmente realiza conductas suicidas o autolesivas.

Por otro lado, las relaciones madre, padre e hijos, también constituyen un bien jurídico protegido, por cuanto el progenitor alienado encuentra obstaculizadas las relaciones paterno filiales, al no poder vincularse con el hijo alienado, producto de la manipulación que le ha hecho en su contra, el otro progenitor o sus familiares.

4.2 Sujeto activo en el delito de alienación parental

El sujeto activo es la persona que realiza la acción u omisión descrita por el tipo penal, en perjuicio de uno o varios miembros de la sociedad.

En este sentido, la doctrina aclara que debemos distinguir entre sujeto activo del delito y autor del delito, entendiendo como autor del delito, aquel que realiza la conducta prohibida y tiene responsabilidad para responder penalmente por la acción (Jiménez de Asúa, 1964; Muñoz Conde, 1985).

El sujeto activo en el delito de alienación parental sería cualquier progenitor, familiares de estos o quien tenga la dirección de la persona del menor.

4.3 Sujeto pasivo en el delito de alienación parental

Se habla de una distinción entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito. El primero es aquel que recibe la conducta del sujeto activo y el segundo es el titular del bien jurídico.

Así pues, en términos generales afirmamos que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, sobre el que recae el resultado de la acción u omisión típica que realiza el sujeto activo (Muñoz Conde, 1985; Luzón Peña, 1996).

En cuanto al delito de alienación parental, el sujeto pasivo es el niño(a) alienado y el otro progenitor o familiares alienados.

4.4 Relación con otros tipos penales

Mientras no exista en la legislación penal nicaragüense el delito de alienación parental, puede acudir a otras figuras delictivas que el legislador previó tomando en consideración el bien jurídico de "integridad", sea psíquica o física. Estos son delitos comunes que tienen algún punto similar a la alienación parental, por ejemplo, las lesiones o la violencia doméstica.

Dicho esto, fácilmente pensamos que podemos encajar la conducta de alienación parental en los delitos de "lesiones" y "violencia doméstica o intrafamiliar", tipificados en el Código Penal, en los artículos 150 y 155, respectivamente, pero en todo caso, no se acusaría por el delito de alienación parental, sino por lesiones o violencia doméstica.

Cabe señalar que estos artículos fueron reformados por la Ley 779, Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y reforma a la Ley No. 641, "Código Penal", del 26 de enero de 2012, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, número 35 del 22 de febrero de 2012; en adelante Ley 779.

Así, el artículo 58, literal "a", lo que hace es añadir un párrafo al delito de lesiones, empero el primer párrafo no cambia. El artículo 78 literal "d" de la ley es el que refiere la reforma al delito de violencia doméstica.

Ofreceremos ahora la descripción de estos delitos según las adiciones que hace al Código Penal, la Ley 779 y luego trataremos de asimilar estas conductas con la alienación parental.

Entonces, lesión comprende heridas, contusiones, escoriaciones, fracturas, dislocaciones, quemaduras y toda alteración en la salud y cualquier otro daño a la integridad física o psíquica de las personas, siempre que sean producidos por una causa externa.

Comprende lesiones psíquicas o psicológicas, el perjuicio en la salud psíquica por la devaluación de la autoestima o las afectaciones al desarrollo personal, así como cualquier daño a la integridad psíquica o la disfunción en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, laboral, escolar, familiar o social, al igual que toda enfermedad psíquica, producida por acción u omisión.

Mientras tanto, incurre en el delito de violencia doméstica o intrafamiliar, quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psicológica, en perjuicio de quien haya sido su cónyuge conviviente en unión de hecho estable o contra la persona a quien se halle o hubiere estado ligado de forma estable por relación de afectividad, niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, sobre las hijas e hijos propios del cónyuge, conviviente o sobre ascendientes, descendiente, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, o sujetos a tutela. En el caso de niños, niñas y adolescentes, no se podrá alegar el derecho de corrección disciplinaria. A los responsables de este delito se les impondrá las siguientes penas:

- a) lesiones leves...
- b) lesiones graves...
- c) lesiones gravísimas...

En este caso, los delitos de lesiones y violencia doméstica o intrafamiliar, acogen en sí, el resultado de la comisión de la conducta de alienación parental, o sea la lesión. Es decir, cuando alguien incurre en el delito de lesión, se ataca la integridad física o psíquica de la persona. El resultado de la comisión de las conductas que alude el delito de violencia doméstica o intrafamiliar, es una lesión y si ocurre la lesión, por consiguiente ocurre el ataque a la integridad.

Entonces, es evidente que ambas conductas protegen, eminentemente, la integridad, por tanto, el bien jurídico protegido en los delitos analizados, indudablemente es la integridad física o psíquica de las personas y en la alienación parental, se afectan la integridad física y psíquica, pero también las relaciones entre los progenitores con sus hijos. Por si fuera poco, en la alienación parental, la lesión psíquica es producida por la acción bochornosa del alienante, o sea, por una causa externa, requisito ineludible para la comisión del delito de lesiones.

Una vez asimilada la posible subsunción de la conducta que supone alienación parental, en los delitos analizados, debemos manifestar que no se puede acusar a un sujeto por el delito de alienación parental ante un tribunal penal.

Yendo más allá, consideramos que en lo que a alienación respecta, se trata de un delito de peligro, más que de resultado.

En este sentido, los delitos de peligro, se consuman sin necesidad de que se produzca el daño real o el resultado, basta con el simple peligro a que es sujeto el bien jurídico. Según Luzón Peña (1996) suponen un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión del bien jurídico.

Específicamente, para seguir desmenuzándolo, es un delito de peligro abstracto y no concreto, pues el peligro no es inminente y general, como el que conduce en estado de ebriedad, por ejemplo, o el dueño de una farmacia que vende

medicamentos vencidos. En este caso, el peligro es abstracto, o sea que predomina una posibilidad remota de que al momento de cometerse el hecho en una familia, se ponga en peligro el bien jurídico de todos los ciudadanos. En este caso, la víctima es directamente el hijo(a) del alienante o el otro progenitor y no todos los miembros de la sociedad.

4.5 Limitación jurídica del “delito” de alienación parental

Hemos señalado anteriormente que la conducta de alienación parental se puede subsumir en otros delitos, pero es que en realidad no estamos pidiendo, con este estudio que la conducta de alienación parental pueda pedirse de manera subsidiaria o encubierta por esos delitos, porque esto supone, en términos metafóricos, como tratar de meter un filtro dentro de otro filtro, lo cual en materia penal es un imposible. La misión que cumplimos nosotros es hacer ver la necesidad de regular esta conducta en un tipo delictivo nuevo, concreto e independiente.

Ahora, a través de dos principios universales en materia de Derecho Penal, trataremos de explicar el imposible a que nos referimos:

Principio de Legalidad: está regulado en el artículo 1 del Código Penal. Se expresa por el aforismo de *Feuerbach: nullum crimen, nullapoena sine lege* y supone que ninguna persona puede ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización y, según entendemos, no puede aplicarse castigo alguno, pues debemos recordar que el castigo o la consecuencia ocurre cuando se desobedece el supuesto de hecho que esboza la norma y no es permitido imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, castigos indeterminados (Luzón Peña, 1996).

Si faltaba más, el mismo principio alude que las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Interpretación extensiva y aplicación analógica: se halla regulado en el artículo 10 del Código Penal y en lo conducente para este estudio, supone que es prohibido, en materia penal, crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad y sanciones no previstas en la ley.

En otras palabras, la misma norma penal marca el límite máximo de interpretación. Esto significa que toda interpretación debe limitarse o debe enmarcarse en el sentido literal de la norma penal y a la vez, se prohíbe ir más allá de la interpretación de la ley para tratar de fundamentar o agravar la responsabilidad penal (Luzón Peña, 1996).

No sería algo nuevo que nos hayamos dado cuenta que interpretación y analogía no es exactamente lo mismo. En el párrafo anterior nos referimos directamente y sin entrar mucho en demás aspectos, a la interpretación; pero ahora trataremos de ir directamente, también a la entrañas de la analogía en materia penal.

En este sentido, Luzón Peña (1996) es muy claro y dice:

Toda aplicación de la ley a un supuesto semejante a los que encajan en su tenor literal, por muy similar o incluso idéntico en su sentido material que sea, desborda la interpretación y entra en el campo de la analogía como procedimiento de creación o integración del Derecho.

Entonces, la analogía supone una actividad de comparación con otras regulaciones legales cumpliendo el fin de creación o integración del Derecho. En materia penal es terminantemente prohibida la analogía contra reo, que significa la creación o agravación de la responsabilidad penal, pero sí se admite la analogía favorable al reo, es decir, cuando tenga como fin la atenuación o incluso exención de la responsabilidad (Luzón Peña, 1996).

En otro sentido, la alienación parental supone una conducta de violencia y siguiendo estas mismas líneas generales, coincidimos con quien, sin perplejos, aseveran que la violencia se ha apartado de las situaciones de malicia, de las calles y trincheras y ha penetrado rotundamente en la intimidad de la familia y del hogar y hace de ella su morada perfecta (Vásquez P., 1996).

Por si fuera poco, en la mayoría de los hogares existe la violencia y esto se hace común ante la opinión colectiva, es decir, lo común o lo que abunda no es encontrar hogares llenos de paz y alegría, que aunque existen para esperanza de la sociedad, no son la mayoría (Muñoz Conde, 1985; Vásquez P., 1996).

Muñoz Conde (1985), afirma que todos los casos que atañen al Derecho Penal y la parcela misma del Derecho como tal, tienen en común una característica. Por ser Derecho Penal y por ser los casos de delitos, materia del Derecho Penal, supone todo esto coacción, fraude, represión; que en una sola palabra se resume como “violencia”.

Según el mismo autor, violento es el Derecho Penal, violentos son los casos de que se ocupa (homicidio, violación, robo, etc.) y violenta es también la respuesta que ofrece (cárcel, manicomios, inhabilitaciones de derechos, etc.).

Vásquez P., (1996) afirma en su libro ¡No a la Violencia! que existe un desorden en la naturaleza humana, que incluso, en la mayoría de los casos, la criatura que va a nacer, viene al mundo en violencia.

Esto lo justifica tomando posición de que se origina esta suposición porque las criaturas muchas veces han sido concebidas en violencia, por tanto, los genes mismos van llevando violencia. una vez que el niño(a) nace, la leche que mama del pecho angustiado de su madre es leche de ira, leche de dolor, leche de opresión, por ser todo esto lo que siente la madre, por ser esto en lo que se resume la vida de la madre; lo cual es asimilado por el niño(a) y siendo así, la personalidad del mismo va tomando forma. Una vez que crezca, los progenitores quizá se asusten cuando manifieste actos o palabras de violencia, sin embargo, eso fue lo que se le enseñó, en violencia lo formaron y para eso fue programado.

Siguiendo esta idea, una vez que esa persona forme su familia y se desempeñe en su vida laboral, lo que destellará a montones será violencia. Quizá aporte poco o nada en lo que debería hacerlo, pues lo único que aprendió, lo único que sabe es violencia, pues en eso fue formado y para eso fue programado (Vásquez P., 1996).

5. Niveles de victimización en la Alienación Parental

Evidentemente, venimos hablando de alienación parental como violencia y según Pérez Contreras (2005), estamos obligados entonces a manifestar que en estos casos existe sobrevictimización de parte de los sujetos pasivos y que el Estado participa también en el daño que se comete sobre estos.

El Estado, como garantista a través de sus instituciones, está obligado a responder a las necesidades jurídicas de la población, por lo cual debe salir al paso cuando sea necesario en los ámbitos que le atañen. A continuación trataremos de explicar desde una perspectiva estrecha y directa, los niveles de victimización en la conducta de alienación parental:

Victimización en primer nivel es la que ejerce directamente la persona, ya sea cualquiera de los progenitores o ambos; o cualquier otro tercero sin importar si es miembro o no de la familia.

En estos casos puede ser sujeto pasivo el niño(a) en común, cualquiera de los progenitores o demás miembros de la familia, por ser los que reciben la conducta de violencia y sobre todo el niño(a) porque en él se genera la lesión psicológica (Pérez Contreras, 2005).

Victimización en segundo nivel es la que ejerce el Estado por no garantizar a los ciudadanos la tutela de sus derechos en este caso en concreto, pues por la falta de legislación y laguna jurídica, no se castigan estos actos lesivos para las

personas, cuando es obligación del Estado velar por la bienandanza de los ciudadanos que lo conforman.

La Constitución en su artículo 138, numeral 1, atribuye a la Asamblea Nacional la función de elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformar y derogar los existentes. En consecuencia, por el hecho de no estar tipificada la alienación parental, el Estado se convierte en victimario (Pérez Contreras, 2005).

Victimización en tercer nivel es la que se auto ejerce la persona misma, pues se acostumbra a vivir en violencia hasta el punto que se creen su inferioridad respecto a otro(s) miembro(s) de la familia, o en el caso concreto, se creen lo que el alienante programa en él, por tanto se convierte en una persona instrumentalizada para actuar según la malicia que le inculcaron.

Es víctima desde el momento en que el alienante ejerce la conducta manipuladora en él o ella y se sobre victimiza cuando el Estado no garantiza su derecho de actuar voluntaria o espontáneamente, sin imposición o manipulación alguna, pues el Estado se queda inmóvil, no hace nada para evitar esta acción perniciosa y como consecuencia, no ejerce acción alguna de sanción contra el agresor; por último, continúa la sobrevictimización con el hecho de considerarse y acostumbrarse a ser víctima (Pérez Contreras, 2005).

6. Justificación de la necesidad de incluir la conducta de alienación parental, como tipo penal

La familia todo el tiempo ha sido el sentido de la sociedad. Cuando hablamos de ella, debemos hacerlo con mucho cuidado para evitar incurrir en situaciones que puedan agredir de alguna manera su tranquilidad.

Los niños representan el sector más vulnerable y sensible de la sociedad, por ello el sentido de la creación de convenciones entre Estados que garanticen la protección de los mismos.

Nuestra posición es que el Derecho como tal, no puede ser excesivamente restrictivo y naturalmente, no puede permitirse como un dispositivo de control opresivo para los ciudadanos.

Por otra parte, la ley no puede anclarse en una situación; contrario a esto, debe avanzar a como avanza la sociedad para responder a las necesidades jurídicas de los sujetos tutelados por la misma (Castillo, 2001).

Si debe el Estado comprometerse enteramente a la protección de la familia, tiene que mantenerse atento a todas las situaciones que transgredan la tranquilidad de la misma. El hecho de que se realicen conductas reprochables que atentan contra la unión o el equilibrio familiar, constituye un problema de inseguridad jurídica, o sea un problema que trastoca y no permite la convivencia social.

Lo ideal es que el Derecho brinde soluciones pertinentes a los conflictos generados por las relaciones de los ciudadanos, empero, no siempre acierta en esto y en algunas ocasiones, termina regulando situaciones que a fin de cuentas solo contienen supuestos morales o bien dicta normas que, aunque se acompañen de una sanción, no despiertan en la población motivación alguna para ser cumplidas.

Esto es conocido en la materia como Derecho penal simbólico.

El Derecho penal simbólico o específicamente, delitos símbolos, son los que se encuentran normados en el Código Penal, pero que por determinadas circunstancias no se produce el cumplimiento de la prohibición y tampoco se castiga a los transgresores.

Si es necesario citar un ejemplo claro en Nicaragua -no olvidamos el que utilizó nuestro profesor de Derecho Penal en la UCA, Manuel Aráuz Ulloa- sería la piratería, en el entorno de los delitos contra el derecho de autor y derechos conexos o delitos contra la propiedad industrial.

Consideramos una ironía que existan en Nicaragua delitos simbólicos, sin que esto preocupe a las autoridades competentes para hacer eficaz la prohibición e imponer la sanción prevista o bien la reforma del mismo.

Pero más que todo, pensamos que es una paradoja que Nicaragua se permita el lujo de incluir delitos simbólicos y no se tipifique la alienación parental y a nuestro parecer, la regulación de esta conducta representa una imperiosa necesidad para tratar de mantener la convivencia social.

Como hemos visto, el Derecho penal nicaragüense conoce de lo importante que es para los ciudadanos la integridad, pues castiga algunas actividades que atenten contra ella, pero cada actividad tiene su peculiaridad.

Si la familia es verdaderamente el núcleo de la sociedad, cuando se atenta contra ella, estamos tratando de casos con suma relevancia por perpetrarse contra el motor de la sociedad, así pues, cuando nos referimos a alienación parental, estamos hablando de un tema muy sensible en la materia y más porque se trata de conductas dirigidas en contra de los niños(as), que constituyen el sector más vulnerable y delicado de la sociedad.

Lo cierto es que el hecho de no estar tipificada esta acción, puede que suponga una penuria y quizá hasta una insuficiencia en el Código Penal de Nicaragua, no específicamente para las víctimas de alienación parental, sino para todos, pues en él debe regularse y castigarse las actividades que perturben la tranquilidad social, es decir, por atentar esta actividad contra la integridad, todos estamos expuestos a ser víctimas de alienación parental, por tanto, nuestro Derecho penal debería incluir como delito esta conducta.

De nada sirve que nuestro sistema penal trate de proteger la integridad como bien jurídico de la sociedad, si no lo hace a cabalidad. Es decir, tipifica el delito de lesiones y violencia doméstica o intrafamiliar, pero no tipifica alienación parental. De tipificarse la alienación parental, se estarían protegiendo, además de la integridad física y psíquica, las relaciones entre los progenitores y sus hijos(as)

Esta práctica maliciosa, a nuestro modo de ver, lesiona un bien jurídico y debe ser tutelado por el código penal según el artículo 7, el cual regula el principio de lesividad de la materia.

Las prohibiciones ya las explicamos con los principios de la materia, pero además de eso, hay algo muy importante por lo cual no puede ni debe pedirse, y es porque no se estaría cumpliendo la función primordial del Derecho penal, que es la prevención de los delitos y las actividades que interfieran en la convivencia social.

De nada serviría que en un caso de alienación parental, en el mejor de los escenarios, los sujetos vinculados procedan como lesiones o violencia doméstica o intrafamiliar, si eso es lo que trataría de evitarse, las lesiones o la violencia doméstica misma, pero la alienación parental seguirá practicándose abiertamente en nuestra sociedad.

Es por eso que consideramos evidente y con altavoces la necesidad de tipificar la “Alienación Parental” en Nicaragua, para evitar que los ciudadanos incurramos en prácticas indebidas que atenten contra la integridad de las demás personas, siendo este el bien jurídico que debe proteger; pero además, que se evite la diferencia en modo de vida de las personas, cuando todos somos iguales ante la ley, no tiene sentido que algunas personas se consideren inferiores a otras.

Esta conducta no es un simple “capricho moral”, se está tratando de un tema serio, un tema de violencia y todos sabemos las consecuencias que genera la violencia. En el Derecho penal se propone que es necesario criticar y pedir la reforma del Derecho positivo cuando la ley haya creado tipos que realmente no protegen ningún bien jurídico concreto y como es de suponerse, hay que exigir también la inclusión como “tipo penal” la conducta de alienación parental (Luzón Peña, 1996).

En este sentido, constituye un problema yacente de seguridad jurídica el hecho de no estar tipificada como delito la alienación parental en nuestro país, pues hemos agotado que obviamente existe en el particular como tal y en la comunidad misma,

un bien jurídico que debe ser tutelado por el Estado y si no se protege, existe vulnerabilidad en el mismo para ser agredido (Pérez Contreras, 2005).

Nosotros no estamos argumentando la necesidad de tipificar la alienación parental como delito porque sí, porque nosotros queremos o porque alguno de nuestros familiares ha sido, es o puede ser víctima de ello, sino porque concurren intereses generales y legítimos en la comunidad, porque la sociedad misma así lo demanda y porque existe la necesidad imperiosa de que se lleve a cabo esta labor para proteger el bien jurídico, que estamos claros, merece a todas luces la entera protección del sistema jurídico del país, el cual, no ha sabido ser eficaz.

Para terminar este modesto aporte de nuestra parte, es pertinente cerrar con una frase del célebre penalista, Luzón Peña: “el Derecho Penal se legitima por su eficacia”.

Conclusiones

Con este trabajo no pretendimos agotar todo lo relacionado al problema investigado; estamos claros que el esfuerzo investigativo en esta línea debe seguir, sin embargo estamos seguros que puede constituir un aporte importante para el investigador que siga estas líneas.

Pensamos que alienación parental es una conducta de manipulación que ejerce, generalmente, uno o ambos progenitores contra su hijo o hija con el objetivo de ponerlo en contra del otro. Los parientes de los progenitores también pueden incurrir en la conducta de alienación parental y esto ocurre casi siempre que las parejas se separan y existe contienda entre ellos.

El alienante podría incurrir en esta conducta a través de mecanismos sutiles pero destinados a castigar al alienado con el odio de su propio hijo(a). La alienación parental, entonces, supone un daño al alienado, usando como instrumento al hijo(a), el cual se convierte en la mayor víctima de la acción y el que recibe el daño mayor.

La conducta de alienación parental afecta negativamente las relaciones entre madre, padre e hijos, en tanto que restringe el ejercicio de los derechos y deberes familiares. En este sentido, el alienado y el niño(a), son privados del derecho a la convivencia y demás derechos que les asisten.

En los procesos en que se solicita la guarda y custodia, la alienación parental puede determinarse a través de valoraciones técnicas que realizan peritos para determinar si existe manipulación en el menor.

Según nuestra legislación especial y la convención de los derechos del niño, estos a partir de los siete años de edad, pueden ser escuchados. En caso contrario, si no se les hacen las valoraciones pertinentes para confirmar o descartar la existencia de la conducta, o también, si no son escuchados en el proceso, se

estarían vulnerando los principios básicos que regulan el derecho de familia, principalmente el interés superior del niño.

En fin, en caso de omitir este relevante paso, el juez estaría resolviendo en cuanto al interés que podría tener cualquiera de los progenitores de obtener la guarda o custodia, más no se atienden los intereses del niño(a).

Por otra parte, el Derecho de Familia y el Derecho Penal, están vinculados no únicamente por su género, las Ciencias Jurídicas, sino también por cuestiones relativas en sus especialidades; así el Derecho Penal acoge entre sus alcances, aspectos del Derecho de Familia con la finalidad de proteger a la familia misma, por su relevancia en la sociedad, a como manda el capítulo IV de la Constitución.

Si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como declara la Constitución en el artículo 70, pero además, le da derecho a ser protegida, deben garantizarse, entonces, las condiciones indispensables para el ejercicio de este derecho, lo cual suponga la armonía y el desarrollo de la familia.

Para nosotros, garantizar las condiciones indispensables para tal ejercicio, debe suponer, entre otras medidas, establecer regulaciones jurídicas destinadas a prevenir acciones maliciosas que atenten contra la tranquilidad de la misma y que inmutan su intimidad, por tanto, toda vez que el Estado no se esfuerce en tomar las medidas pertinentes, incurrirá en falta de protección a la familia.

Pensamos que la conducta de alienación parental debería estar regulada en el Código Penal, por vulnerar bienes jurídicos en concreto, que en este caso son la integridad física o psíquica del menor y las relaciones entre madre, padre e hijos. Por ende, es necesario que se tipifique y se considere un delito.

En caso de tomarse en cuenta alienación parental como delito, concluimos que incurre en esta conducta “delictiva”, el progenitor que promueva o induzca la interferencia en la formación, el desarrollo y la integridad psicológica de un niño(a), a través de la manipulación con o sin el objetivo de provocar en este, odio hacia el

otro progenitor o los familiares del mismo, perjudicando con esta conducta, los vínculos que unen a su hijo con el progenitor alienado o los familiares de aquel.

Este “delito” puede ser cometido también por los familiares del progenitor o por quien ostente la dirección de la persona del menor.

Evidentemente, venimos hablando de alienación parental como violencia y por eso estamos obligados a manifestar que coincidimos con Pérez Contreras (2005) que en estos casos existe sobrevictimización de parte de los sujetos pasivos a través de distintos niveles, pero que el Estado participa también en el daño que se comete sobre estos.

Victimización en primer nivel es la que ejerce directamente la persona, ya sea cualquiera de los progenitores o ambos.

Victimización en segundo nivel es la que ejerce el Estado por no garantizar a los ciudadanos la tutela de sus derechos en este caso en concreto, pues por la falta de legislación en esta materia, constituye una laguna jurídica y como consecuencia, no se castigan estos actos lesivos para las personas.

Victimización en tercer nivel es la que se auto ejerce la persona misma, pues se acostumbra a vivir en violencia hasta el punto que se creen la inferioridad inculcada, respecto a otro(s) miembro(s) de la familia, o en el caso concreto, se creen lo que el alienante programa en él, por tanto se convierte en una persona instrumentalizada para actuar según la malicia que le inculcaron.

El tema estudiado es algo novedoso y en el país existe poca teoría y estudios científicos en torno a él, lo cual afecta a la sociedad principalmente, que está privada de conocer a fondo los efectos de la alienación parental.

Recomendaciones

Hallados aquí, en relación al trabajo, debemos señalar la necesidad de tomar en cuenta ciertos aspectos:

Proponemos a la academia, profundizar en el tema de la alienación parental con el fin de apropiarse de su contenido y así se pueda detectar la conducta para tratar de prevenirla mientras se tipifica. Esto sería de gran ayuda para las materias implicadas y la sociedad en general.

En los procesos que cualquiera de los progenitores solicita la guarda y custodia sobre sus hijos(as), nuestra recomendación, para garantizar la estabilidad de la familia, es que soliciten y exijan al juez que el equipo multidisciplinario de los juzgados de familia o cualquier otra institución acreditada, realice valoraciones médicas y psicológicas en los niños(as) para determinar si son víctima de alienación parental.

Es necesario, también, que la autoridad judicial se asegure que la investigación de la conducta de alienación parental en los casos concretos sea imparcial y tenga como objetivo únicamente priorizar el bienestar del niño(a) y con ello prime el interés superior del niño que profesa el derecho de familia y que se tome como precedente en casos posteriores.

Dado que la legislación no trata esta conducta como tal, recomendamos incurrir a la interpretación en materia civil para solicitar al juez las medidas pertinentes para asegurar las condiciones de desarrollo a los niños(as) y luego trabajar en una reforma para que la norma regule todo lo relativo a esta conducta.

En materia penal, sabemos que la interpretación está terminantemente prohibida, por ende, recomendamos trabajar en la reforma que planteamos anteriormente,

pero ahora incluyendo en el código penal la conducta de alienación parental, como delito. Esto con el objetivo de lograr la prevención que persigue como finalidad la materia penal y garantizar a las víctimas, la protección jurídica deseada.

En la medida que la ley logre evitar las prácticas maliciosas y perniciosas de la alienación parental, favorecerá la convivencia social y evitará la violencia entre los miembros de la sociedad. Si la violencia está incrustada, incluso en la intimidad de la familia, supone una preocupación de alto nivel y por ello, se debe trabajar en erradicar la práctica de todo tipo de violencia.

Dicho esto, si se logra disminuir y eliminar toda conducta de alienación parental, como conducta de violencia, se desvanecerán todos los niveles de victimización a que es sujeto la persona agredida. Pero consideramos que es el Estado el que debe dar el primer paso a través de la tipificación y el castigo de la conducta, lo cual generará entre los miembros de la sociedad una condición de motivación para cumplir la norma.

Conseguir las reformas necesarias sugeridas en este trabajo permitirá modernizar del sistema jurídico de Nicaragua.

Referencias bibliográficas

- Abdala, N. (2010). *Los Hijos, rehenes de la pelea de dos*. Revista Viva. Recuperado el 27 de febrero de 2013, de http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/sindrome_abdala.htm
- Acosta Tiele, N. (1998). *Maltrato Infantil: un reto para el próximo milenio*. La Habana: Científica-Técnica.
- Arangio-Ruiz, V. (1986). *Instituciones De Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- Aráuz Ulloa, M. (2005). *El Delito de Omisión del Deber de Socorro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Asensi Pérez, L. F., & Díez Jorro, M. (18 de Febrero de 2010). *Síndrome de alienación parental. Un enfoque racional*. Alicante, España. Recuperado el 21 de febrero de 2013, de <http://www.psicojurix.com>
- Bautista Castelblanco, C. L. (s.f). *Síndrome de alienación parenal (PAS)- efectos psicofisiológicos y sociales. -La violencia judicial*. Recuperado el 19 de febrero de 2013, de <http://psicologiajuridica.org/psj228.html>
- Becerra, C. (2007). *El Síndrome de alienación parenal: análisis de tre casos*. Recuperado el 27 de febrero de 2013, de www.uji.es
- Bertuzzi, Mariarita (2008). *El SAP no tiene nada que ver con el género*. Roma, Italia. Recuperado el 14 de febrero de 2013, de <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar>
- Castillo, E. (2001). *Introducción al Estudio del Derecho*. Managua: Hispamer.
- Cerezo Mir, J. (1996). *Curso De Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos, S.A.

- Cillero Bruñol, M. (2002). *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*. Recuperado el 27 de febrero de 2013, de <http://www.escri-net.org/docs/i/408745>.
- Corsi, J. (s.f). :*El “síndrome de alienación parental”, o el peligro que entrañan las teorías pseudocientíficas como base de las decisiones judiciales*. Recuperado el 21 de febrero de 2013, de <http://www.asapmi.org.ar>
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2004). *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV*. Madrid: TECNOS.
- Echeverría Guevara, K. L. (2011). *La Guarda y Custodia Compartida*. Granada, España: Editorial de la Universidad de Granada.
- Fernández Doyague, A. (2007). *Sobre la Guarda y Custodia*. Recuperado el 11 de marzo de 2013, de http://www.lugo.es/ws/xornadasviolencia/23Nov_XornadasViolencia/Amalia_Fernandez_Doyague.pdf.
- García Garnica, M. d. (2009). *El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor*. Recuperado el 28 de marzo de 2013 de www.vlex.com
- Jiménez De Asúa, L. (1958). *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Buena Aires: Sudamericana S.A.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Losada, S.A.
- Luzón Peña, D.-M. (1996). *Curso de Derecho Penal*. Madrid: Hispamer.
- Martin Colea, J. C. (2009). *El Síndrome de Alienación Parental (SAP)*. Recuperado el 25 de febrero de 2013, de <http://www.alienacionparental.org/resumen.pdf>
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: PPU, S.A.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: tirant lo blanch.
- Pedrosa de Alvarez, S., & Bouza, J. M. (s.f). *Síndrome de Alienación Parental (SAP)*. Recuperado el 21 de febrero de 2013, de http://www.apadeshi.org.ar/sindrome_de_alienacion_parental.htm
- Pérez Contreras, M. d. (2005). *Victimización y vulnerabilidad por ausencia de legislación y otras medidas en materia de violencia familiar*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Pérez Contreras, M. d. (2011). *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos, la custodia compartida y las reformas de 2004*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Pinto Andrade, C. (2009). *La custodia compartida*. Barcelona: Bosch.
- Ragel Sánchez, L. F. (2001). *La Guarda y Custodia de los Hijos*. Revista de Derecho privado y Constitución, 282.
- Reguera González, E. (2006). *Guarda y Custodia del Menor*. Recuperado el 11 de marzo de 2013, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/12.pdf>
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. (2^oed.) Trad. Luzón Peña, D. M.; García Conlledo, M. D; Remesal, J. de V. Madrid: Civitas.
- Tenreiro, C. M. (13 de Abril de 2007). *El Síndrome del Divorcio. La Alienación Parental*. El Nuevo Diario . Recuperado el 13 de febrero de 2013, de <http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2007/04/13/suplemento/saludysexualidad/5448>
- Tessa, S. (19 de Junio de 2009). *Coartada para pedófilos*. Página/12 . Recuperado el 13 de febrero de 2013, de Página/12: www.pagina12.com.ar

Vásquez P., G. (1996). *¡No a la violencia!* Miami: Alfalit International.

Viesca, J. R. (14 de 01 de 2011). *síndrome de alineación parental (fco. serrano castro/juez de familia)* . Recuperado el 13 de febrero de 2013, de www.porticolegal.com

Legislación consultada

Constitución Política de la República de Nicaragua, promulgada el 9 de Enero de 1987 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 5 del mismo día.

Decreto 1065, Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos del 24 de Junio de 1982, publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 155 del 3 de Julio de 1982.

Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado el 24 de Marzo de 1998, Publicado en la Gaceta Número 97 el 27 de Mayo de 1998.

Ley 623, Ley de Responsabilidad Paterna y Materna del 17 de mayo de 2007, publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 120, del 26 de junio de 2007

Ley 641, Código Penal de Nicaragua ley 641, publicada en La Gaceta, Diario Oficial números 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008.

Ley 779, Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y reforma a la Ley No. 641, "Código Penal", del 26 de enero de 2012, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, número 35 del 22 de febrero de 2012.

Convención internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Nicaragua el 5 de octubre de 1990.