

# El derecho del hijo a relacionarse con sus padres

D<sup>a</sup> OLGA SUÁREZ HERRANZ

Fiscal en la provincia de Cáceres

## I. UNA NUEVA APROXIMACIÓN A LA INFANCIA: EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el año 2007, el Centro de Investigaciones Innocenti presentó su análisis de la vida y el bienestar de los niños en las naciones económicamente avanzadas, advirtiendo que “la verdadera medida del progreso de una nación es la calidad con que atiende a sus niños”<sup>1</sup>. La preocupación por el desarrollo integral de los niños ha provocado que, en los países avanzados como España, la representación social de la infancia supere la tradicional invisibilidad del niño-objeto de derechos en favor del niño-sujeto de derechos. Este planteamiento que puede parecer banal, supone una declaración de principios que necesariamente va a influir en la labor jurídica de protección de los derechos del menor, a quien se reconoce cada vez más autonomía y responsabilidad frente a sí mismo y frente a la Sociedad.

Es indiscutible que la infancia se desarrolla más bien en el ámbito de la vida privada, y que, escondida en la familia, permanece oculta para la mirada adulta salvo cuando su comportamiento problemático amenaza el orden social o el incumplimiento parental remueve la conciencia del deber colectivo<sup>2</sup>. El ámbito privado de un niño, lo constituye su familia, y el general sentimiento de que el niño pertenece a sus padres, no sólo es habitual, sino que, en ocasiones, es fomentado por el propio Estado que confía en la autonomía familiar, el control y defensa de los niños; consecuentemente con todo lo anterior, los adultos hemos considerado a los niños como sujetos en desarrollo (pre-adultos que están en formación y por ende, pre-desarrollados e incompletos) y hemos regulado el ejercicio de sus derechos como concesión *graciosa* de los adultos que dirigen su vida.

Conscientes de que su principal vulnerabilidad la constituye su falta de participación en

<sup>1</sup> “Pobreza infantil en perspectiva: Un panorama del bienestar infantil en los países ricos”, Innocenti Report Card 7, 2007, Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef, Florencia.

<sup>2</sup> Gaitán, Lourdes “El espacio social de la infancia. Los niños en el Estado de Bienestar”, Madrid, 1999, Comunidad de Madrid, Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

la sociedad<sup>3</sup> debido en parte a su relativa inexperiencia y en parte a su dependencia respecto de la unidad familiar y de los cuidados recibidos de los adultos, debemos intensificar nuestra intervención en su defensa, mediante el reconocimiento explícito de sus derechos, porque su defensa garantiza la cohesión social, la estabilidad y la seguridad humana a nivel mundial<sup>4</sup>.

No puede discutirse que la familia es la unidad básica de defensa del niño, y que cualquier intervención en defensa de los derechos del hijo debe traducirse en un reforzamiento de la responsabilidad compartida de ambos padres en su bienestar<sup>5</sup>. Por ello, no es difícil comprender que cuando los padres marginan su responsabilidad parental, aunque sea para atender necesidades propias y humanamente inaplazables, los derechos del hijo corren cierto riesgo de subordinarse al resultado de dividir los bienes y derechos de sus padres, como una parte más del patrimonio conyugal en liquidación. En los momentos de crisis conyugales, la única manera de asegurar el mejor interés del hijo debe centrarse en el enfoque de sus Derechos.

## II. EL DERECHO DEL HIJO A RELACIONARSE CON SUS PADRES

### a) un punto de partida filosófico

El enfoque de derechos a que nos compromete la nueva representación jurídica del niño, obliga a una primera reflexión sobre el propio término “derecho de visitas” (que curiosamente nuestro ordenamiento regula para los presos y para los niños). Parece evidente que la concepción del niño que subyace en el “derecho de visitas” lo considera niño-objeto más que niño-sujeto, por cuanto presupone que el menor es un receptor del ejercicio del derecho por otra persona pues, de otro modo, se formularía como “derecho de ser visitado”.

Las manifestaciones de la representación social y jurídica del niño como objeto, son múltiples en nuestra propia práctica, y por ello el compromiso con el enfoque de sus derechos provoca un continuo estado de alerta frente a cualquier depreciación<sup>6</sup> de su entidad.

<sup>3</sup> Recom. 1286 (1996) “Report 1, on an European strategy for children”, rapporteur Mr. Cox, 14-12-1995, Consejo de Europa.

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al comité de las regiones. “Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE” COM(2008) 55 Final, Bruselas, 5 de febrero de 2008.

<sup>5</sup> III.A.15 de la Declaración y Plan de Acción “Un mundo apropiado para los Niños” Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de la ONU (UNGLSS) sobre infancia, 2002.

<sup>6</sup> No es extraño, por ejemplo, que en el marco de una indemnización en concepto de responsabilidad civil por motivo de unas lesiones, se plantee por alguna parte, la reducción de la indemnización para un menor, baremada según el informe del Médico Forense como días de incapacidad para sus ocupaciones habituales, con el argumento de que el niño carece de ocupaciones habituales indemnizables. Tan sorprendente argumento, además de obviar que la ocupación habitual no se refiere a la ocupación laboral, olvida que la ocupación habitual de un niño es JUGAR, CORRER O ASISTIR AL COLEGIO, y que tales ocupaciones merecen el mismo respeto que la jornada laboral de sus padres. Otro escenario jurídico donde debe respetarse escrupulosamente el derecho del niño es el de las Órdenes de Protección solicitadas en el marco de la violencia de género, en cuanto contienen una medida civil de atribución de guarda y custodia de los hijos comunes que obligaría a que éstos sean oídos por encima de los doce años o antes, si tienen suficiente madurez. (art.770 regla 4ª y 777 de la LEC, artículo 159 del Código Civil, art. 9 de la Ley 1/96 de Protección

Con el fin de proporcionar un marco de raíz filosófica al ejercicio de los derechos del niño en su entorno familiar, y si partimos de la distinción doctrinal de generaciones de derechos en razón al valor que los informa (Libertad-Igualdad-Solidaridad), podríamos considerar que el derecho del niño a relacionarse con sus padres, se integraría en la llamada “segunda generación” de Derechos Humanos; y ello es así, aunque sea relativamente reciente el énfasis en su titularidad de derechos, porque la preocupación por el ejercicio de sus derechos como niños parece obedecer más a un cambio de perspectiva de la conciencia social que a la individualización objetiva de un derecho con nuevo contenido. Así, el derecho del hijo a relacionarse con sus padres podría fundarse en el valor igualdad<sup>7</sup>.

Con este presupuesto se refuerza la idea de que los Derechos del Niño se integran en el caudal de los Derechos Humanos con la especialidad que ofrece la minoría de edad de sus titulares.

Esta relación con el Principio-Valor de la Igualdad se concreta normativamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>8</sup> cuyo artículo 24 recoge los derechos del niño, dentro del Capítulo III sobre la igualdad y que nos introduce brevemente el marco de derecho positivo de las relaciones del menor con sus padres.

## b) reconocimiento normativo del derecho a relacionarse con los padres

Coherentemente con la idea de que las normas de derecho positivo reconocen el derecho del hijo a las relaciones con su familia, resulta imprescindible una modesta referencia a los textos normativos que recogen este derecho.

El artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, advierte que el niño que esté separado de uno o de ambos padres, tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés. Este artículo se interpreta de modo conjunto con el artículo 3 que subraya el compromiso de los Estados en la protección y cuidado que sean necesarios para el niño, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres; con el artículo 5 que asigna a los padres el deber y la responsabilidad de impartir la dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de los derechos de sus hijos; y con el artículo 18 que vuelve a acen-tuar que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

La Convención de Derechos del Niño, instrumento jurídico vinculante<sup>9</sup>, es el tratado de Derechos Humanos que mayor cantidad de países han ratificado si bien su

Jurídica, art. 12 de la CDN). La justificación de su falta de audiencia en las órdenes de protección, por el carácter provisionalísimo de la medida, olvida que en el seno civil también caben las medidas provisionales. De igual modo, el argumento bienintencionado de evitar que el menor sufra las consecuencias de la investigación penal (la conocida victimización secundaria), olvida que el menor vive las consecuencias del delito y que investirle de independencia frente a la relación de sus padres, cumple una función formativa nada despreciable.

<sup>7</sup> Vidal, Ernesto “Los derechos Humanos de segunda y tercera generación” Manual de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi, 2007 citado en el Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, el día 17 de septiembre de 2007<sup>7</sup>, “Los derechos de última Generación” Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Año Judicial 2006-2007, CGPJ, Madrid, 2007.

<sup>8</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000 (2000/C 364/01).

<sup>9</sup> Artículo 96 de la C.E. y 3 de la Ley 1/96 de Protección Jurídica del Menor.

contenido se percibe por los Estados como meramente programático<sup>10</sup>.

En nuestro entorno jurídico europeo, deben subrayarse los esfuerzos no sólo normativos sino también mediáticos y formativos a través de programas y campañas transversales del Consejo de Europa para fomentar el interés y el respeto por los Derechos del niño. Consecuencia de este esfuerzo se han elaborado el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los derechos del Niño<sup>11</sup>, la Convención que regula el derecho a relacionarse con los niños<sup>12</sup> y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>13</sup> cuyo art. 8 está permitiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciamientos que resaltan la importancia de las relaciones familiares en situaciones de crisis del vínculo paterno-filial.

La regulación positiva del derecho del hijo a relacionarse con sus padres en nuestro ordenamiento, se concreta en los artículos 18 y 39 de la Constitución que, respectivamente, garantizan la intimidad personal y familiar (del menor también) y recuerdan la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, y se desarrolla ampliamente en los artículos

90. a), 94, 103.1<sup>a</sup>, 154.1<sup>a</sup>, 158.2<sup>a</sup>, 160 y 161 del Código Civil.

Finalmente, la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, pone el acento en el enfoque de los derechos del hijo, lo cual se traduce en la regulación del derecho del menor a la intimidad familiar (art.4.1) con la correspondiente obligación de los padres de respetar dicha intimidad y de protegerla (art. 4.5), y la precisión de que la integración familiar del menor es un principio rector de la actuación de los poderes públicos (artículo 11.2 c).

Sin embargo, y en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores<sup>14</sup>, no amplía el marco de referencias normativas del derecho del menor a relacionarse con sus padres; este derecho, además, tampoco cuenta en nuestro ordenamiento autonómico con el importante instrumento de protección que supone una Ley de Mediación Familiar cuando la crisis familiar se mantiene al margen del proceso judicial<sup>15</sup> y no existen órganos especialmente encargados de la tutela y defensa de los derechos del menor, a través de una Oficina de Defensor del Menor, como en otras Comunidades Autónomas.

<sup>10</sup> Ferrán Casas Aznar denuncia que la Convención de Derechos del Niño es un tratado de alto consenso y baja intensidad en referencia a la extendida ratificación de su texto y el modesto efecto de su contenido.

<sup>11</sup> Hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y cuyo texto, al igual que el resto del cuerpo normativo elaborado en el seno del Consejo de Europa, puede obtenerse en su página <http://conventions.coe.int>.

<sup>12</sup> Hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 pero no ratificado por España.

<sup>13</sup> Roma, 4-11-50 y ratificado por España el 4-10-79.

<sup>14</sup> (D.O.E. núm. 134, 24 de noviembre de 1994).

<sup>15</sup> Hasta el momento de este artículo cuentan con una Ley de Mediación Familiar las CCAA de Cataluña, Valencia (Ley 15/2003, de 8 de abril), Canarias (Ley 3/2005, de 23 de junio), Castilla La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo), Castilla León (Ley 1/2006, de 6 de abril) Baleares (Ley 18/2006, de 22 de noviembre), Madrid (1/2007, de 21 de febrero) y Principado de Asturias (Ley 3/2007, de 23 de marzo).

### III. EL DERECHO A RELACIONARSE CON LOS PADRES EN LAS CRISIS DE PAREJA

#### a) *la cosificación de los hijos en los procesos familiares contenciosos*

La Alienación Parental como una forma de maltrato.

Cuando los padres llegan hasta lugar en que les coloca la crisis de su pareja, no lo hacen libres de sentimientos de frustración, de tristeza o de ira. El establecimiento de un sistema legal para vigilar y resolver las crisis de pareja evidencia la importancia que tiene para el Estado asegurar que, en esa situación de humana subjetividad, se respeten los derechos de cada miembro de la pareja y del entorno social y económico con el que la pareja ha establecido relaciones, pues de otro modo, no tendría justificación la injerencia de los poderes públicos en una situación profundamente ligada a la intimidad de las personas. Este mismo fundamento sirve para la tutela de los derechos de los hijos menores de edad, con la especialidad de que su presencia en la crisis de sus padres, es menos evidente porque no tienen responsabilidad ni intervención en la ruptura de su unidad familiar, y debe compensarse con un mayor esfuerzo para hacer visible su interés.

En el ámbito judicial y para proteger los derechos del hijo, las leyes han confiado en

profesionales con una formación técnico-jurídica concreta expresada a través de unas habilidades profesionales específicas y cuyo ejercicio habitual se sirve de un método de trabajo también propio. Ello significa que la asistencia pericial para revelar el estado psicológico-social de los hijos involucrados en las crisis de pareja y su evolución, resulta imprescindible.

No obstante, no es necesario ser perito de familia para advertir que el sentimiento de apego de los hijos a sus padres, les sirve de base segura (o insegura) para explorar el entorno, y que la mayor o menor confianza en que sus padres valdrán de apoyo en las dificultades emocionales futuras, va a determinar que el hijo acuda a ellos como fuente de bienestar y alivio en momentos de tensión, mucho tiempo después de abandonar la minoría de edad<sup>16</sup>. El primer modelo de relación de pareja que el hijo conoce en su vida es la que forman sus padres y el modo de resolución de conflictos en su familia servirá de pauta (a seguir o a evitar) para la resolución de sus propios conflictos<sup>17</sup>. Por ello, descubrimos conceptos cuya explicación aprehendemos divulgativamente, para justificar, en el procedimiento civil y en la propia conciencia, la regulación del derecho del hijo a relacionarse con sus padres, con la absoluta convicción de que el análisis del mayor interés del menor en un proceso de familia no puede limitarse a su análisis jurídico, sino que debe integrar otras perspectivas (psicológica, social, cultural...)

<sup>16</sup> Woodhard, M. y Oates, J. "La primera infancia en perspectiva: Relaciones de apego", en Child and Youth Studies Group, The Open University, 2007, Milton Keynes, UK.

<sup>17</sup> Oates, J; Lewis, C y Lamb, M.E "parenting and attachment" en Children's personal and Social Development, Ding, S y Littleton, K editores, Oxford, 2005.

La trascendencia del *favor minoris*<sup>18</sup> obliga a dar intervención en los procesos de familia a los Equipos Técnicos de los Juzgados, y entre otros, psicólogos de parte, asistentes sociales de ayuntamientos, trabajadores sociales de colegios, médicos de centros de salud (pediatras en su mayor parte) y equipos de mediación familiar, todos ellos con lenguajes, habilidades y métodos de trabajo propios, que vuelcan en el procedimiento judicial.

Fruto de todo lo anterior, llevan tiempo incorporándose a los Autos y Sentencias, términos que describen la situación psicológica del hijo atrapado en el enfrentamiento, expreso o soterrado, de sus padres, y no necesariamente por el ejercicio de la guarda y custodia/visitas, sino por cualquier otro motivo que instrumentaliza la guarda y custodia/visitas del otro padre como medio de negociación.

No puede negarse que cuando se atribuye la guarda a uno de los padres, el hijo mantiene un vínculo circunstancial (tiempo-lugar) más estrecho con el padre con el que convive y ello le permite asociarlo a sus tareas cotidianas y disfrutar de mayores ocasiones para dar y recibir muestras de afecto. Por el contrario, el padre no custodio, tendrá que realizar un esfuerzo añadido para conservar inalterada la relación con el menor, a pesar de la falta de convivencia.

El hijo menor también percibe la desigual situación de sus padres, y acabará adaptando su bienestar emocional a la nueva situación

creada por la ruptura, conservando el universo emocional que le proporciona seguridad y le permite identificar patrones de conducta para su vida, sin olvidar que los modelos de socialización que se le hayan presentado durante sus años de convivencia familiar, son relevantes para construir sus propias relaciones sociales futuras.

Si en el proceso de aceptación de las nuevas circunstancias se introducen elementos cargados de menosprecio o desvalor hacia uno de los padres, el perjuicio que se causa al hijo no sólo proyecta sus efectos en el momento puntal de una visita con el padre, sino que afecta a su bienestar emocional, pudiendo considerarse una forma de maltrato psicológico grave, puesto que el niño “construye los modelos y expectativas básicas a partir de las relaciones con las personas encargadas de su cuidado”<sup>19</sup>.

En 1985, el psiquiatra infantil Richard Gardner, formuló por primera vez el concepto de Síndrome de Alienación Parental, como conjunto de acciones de uno de los padres sobre el hijo orientado a que el hijo pierda afecto y respeto hacia el otro padre y sin justificación. Una vertiente de la Alienación, por desgracia nada anecdótica, la constituyen las falsas denuncias de que el hijo sufre abusos sexuales por el otro padre o por su pareja actual.

La importancia de identificar esta situación enloquecedora, es crucial para diseñar una estrategia de intervención que necesariamente debe dirigir el Órgano Judicial en los

<sup>18</sup> Sobre la indeterminación del principio del interés del menor vid. Parker, S. “The Best Interest of the child. Principles and Problems” *International Journal of Law and Family*, 1994.

<sup>19</sup> Díaz Aguado, M.J. “La violencia de los adolescentes como reflejo de la sociedad adulta” en el Congreso Ser adolescente Hoy, celebrado en Madrid y editado por FAD, Madrid. 2005.

procesos de familia, de modo que pueda distinguir si la opinión del niño está mediada por la influencia de alguno de sus padres y cuál es la entidad de esa influencia; así el Juez hará fracasar mediante los medios coercitivos que tiene a su disposición, la programación de un hijo contra su padre.

Según Gardner<sup>20</sup>, la primera manifestación del PAS (Parental Alienation Syndrome) consiste en una campaña de difamación de uno de los padres, sin que exista Justificación. Esta campaña de denigración, crítica y menosprecio llevada a cabo por uno de los padres, provoca que el hijo muestre animadversión hacia el otro padre.

En España, Aguilar Cuenca<sup>21</sup>, identifica diferentes conductas del hijo que permiten sospechar la manipulación parental destinada a dañar la relación del hijo con uno de sus padres.

La manipulación consigue que “el menor trate a su padre como a un desconocido odioso”, cuya proximidad siente como una agresión a su persona, justificando con trivialidades su rencor y manteniendo una firme defensa del padre que le manipula y que, en ocasiones, le lleva a extender su rechazo al entorno del padre *odioso*, por ejemplo, a los abuelos.

El reconocimiento expreso del derecho de visitas de los abuelos y la creciente aparición

de litigios por este motivo, extiende el escenario de la manipulación a la familia extensa, si bien con la diferencia de que el menor se siente menos incómodo rechazando el contacto con un abuelo o con un tío, que con un padre.

Tejedor Huerta<sup>22</sup> diferencia tres niveles del S.A.P., que ya describió Gardner distinguiendo entre Síndrome leve, moderado y agudo, cuyo diagnóstico<sup>23</sup> va a permitir orientar las consiguientes medidas legales y terapéuticas.

Cuando el trastorno es más leve, la intervención judicial que confirma la custodia del padre por el que el menor siente más apego, hace que sus efectos se atenúen. Sin embargo, cuando la manipulación afectiva en el menor es moderado, se producen interferencias significativas en los momentos de las visitas, y debe intensificarse la intervención judicial y pericial, mediante, por ejemplo, la mediación o el seguimiento a través de los puntos de encuentro, que pongan en conocimiento el desarrollo y vicisitudes de las visitas, para que el Órgano Judicial pueda reaccionar. En ocasiones, cuando tales medidas fracasan, se ha recomendado transferir la custodia al progenitor *odiado*.

Finalmente, el hijo que ha desarrollado el odio inducido hasta un grado agudo, es un fanático en el odio hacia su padre. Los peritos han advertido que si en este estadio, se mantiene al hijo con el padre programador<sup>24</sup>,

<sup>20</sup> Gardner, R.A “Family Evaluation in child Custody Mediation, Arbitration and Litigation”, Creative Therapeutics, Cresskill, 1989.

<sup>21</sup> Aguilar Cuenca, J. M. “S.A.P. Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro” Almuzara, Córdoba. 2004.

<sup>22</sup> Tejedor Huerta, A-“El síndrome de Alienación Parental, una forma de maltrato”, Eos, Madrid, 2006.

<sup>23</sup> Se ha tratado de aislar científicamente el Síndrome de Alienación Parental, no obstante, no está reconocido ni en el DSM-IV, ni en el manual diagnóstico de la OMS.

<sup>24</sup> Reforzando la folie a deux.

el derecho del hijo a relacionarse con el otro padre está condenado y el niño puede desarrollar una psicopatología de larga duración.

Frente a la primera reacción de evitar los contactos entre el hijo y el padre odiado, el Órgano Judicial debe intentar mantener esta relación, pues de otro modo, la campaña de enloquecimiento culminaría con éxito su finalidad y se cerraría el círculo de manipulación, aislando al padre *odiado*.

Dicho de otro modo, la defensa del derecho del hijo a relacionarse con sus padres, debe ser especialmente intensa cuanto más intensa sea la amenaza de su vulneración.

Afortunadamente, en el seno de los procesos de familia, la intervención del Equipo Técnico permite identificar comportamientos en el niño cuyo derecho se ve amenazado por el resentimiento o el dolor de uno de sus padres. En los seguimientos judiciales de las relaciones del hijo con sus padres, no son infrecuentes algunos de los comportamientos que Tejedor Huerta señala como “comportamientos clásicos de un padre alienador”: rehusar pasar las llamadas telefónicas a los hijos, organizar actividades con los hijos durante el periodo destinado a relacionarse con su padre/ madre, presentar a la nueva pareja como padre o madre, interceptar el correo enviado a los hijos por su padre/madre, desvalorar e insultar al otro en presencia del hijo, *olvidarse* de avisarle de las citas importantes, tomar decisiones importantes sin su concurrencia, reprochar al otro el mal comportamiento de los

hijos, ridiculizar los sentimientos de afecto del hijo hacia su padre/madre y consecuentemente, premiar las conductas de rechazo y despectivas hacia él...” Todas estas conductas, se justifican siempre en el mayor interés del hijo, pues de otro modo, harían demasiado evidente el provecho propio que esconden.<sup>25</sup>

No podemos olvidar, sin embargo, que el diagnóstico psicológico excede de la función jurisdiccional y aún cuando es imprescindible reconocer que en el marco procesal de las crisis familiares existen implicaciones no sólo jurídicas, el Órgano Judicial tiene una función integradora de derechos y no de terapias o teorías psicológicas, de manera que las resoluciones judiciales resuelven litigios bajo el enfoque de los derechos de las partes litigantes. Tanto si se llama Alienación Parental, conflicto de intereses, mediatización de los derechos de guarda o custodia, o de cualquier otro modo, lo fundamental es mantenerse alerta ante cualquier amenaza al derecho del menor a relacionarse con ambos padres para facilitar una solución.

### *b) algunas notas jurisprudenciales sobre el derecho a relacionarse con los padres*

La alienación parental del hijo, en los términos descritos, ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuenta con un repertorio relevante de

<sup>25</sup> No es momento para reflexionar los efectos perversos que la destrucción del vínculo paterno-filial proyecta en el futuro de los menores, baste citar, por todos dos estudios, el de KOLVIN, I et al. “**Social and parenting factors affecting criminal-offence rates**”. Findings from the Newcastle Thousand-Family Study. *British Journal of Psychiatry*. Y el de FARRINGTON, D: “The development of offending and anti-social behaviour from childhood: key finding from the Cambridge study in delinquent development”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*.

Sentencias<sup>26</sup> que subrayan la importancia del derecho a relacionarse con los hijos, con fundamento legal en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, en virtud del cual, el derecho de visitas a los hijos se integra en el más amplio derecho a la intimidad familiar.

El pronunciamiento del TEDH que más precisamente alude a la Alienación Parental, es la Sentencia de fecha 13-7-2000, caso *Elsholz v. Alemania*<sup>27</sup>, que los estudiosos del SAP presentan como reconocimiento judicial del Síndrome en Europa.

El TEDH subraya que el disfrute recíproco por padre e hijo, de la compañía del otro<sup>28</sup>, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, incluso si la relación entre los padres se ha roto previamente, añadiendo que las medidas estatales que obstaculicen este

disfrute, constituyen una violación del derecho a la intimidad familiar. En el caso planteado por *Elsholz*, el Tribunal estimó la demanda en el punto relativo a la violación del derecho a la intimidad familiar, por cuanto no se habían practicado pruebas periciales que permitieran interpretar la pertinaz negativa del hijo a relacionarse con el demandante.

En su Sentencia de fecha 23-9-94, caso *Hokkanen vs. Finlandia*<sup>29</sup>, el TEDH señala que, cuando se decida acerca de la custodia, deben tomarse en cuenta los deseos y el interés del menor, cuidando de eliminar obstáculos a las futuras relaciones con los menores, y permitiendo que los niños den sus opiniones, las cuales deben interpretarse según su edad y madurez, por un procedimiento respetuoso con su condición de niños. En este sentido, el TEDH recuerda que los Estados deben desplegar intervenciones positivas

<sup>26</sup> Todas las Sentencias pueden consultarse en la página <http://www.coe.int>.

<sup>27</sup> *Elsholz* es padre alemán de un hijo extramatrimonial y ha cumplido con los deberes derivados de la patria-potestad, hasta la ruptura con la madre. En este momento, el hijo de cinco años, comienza a expresar el deseo de no querer ver a su padre, anhelo que mantuvo en los tribunales alemanes, reiterando que no deseaba mantener contacto con su padre porque “era malo y había pegado a su madre, repetidamente”. Los tribunales alemanes fallaron que la relación del menor con su padre no le era beneficiosa por la propia oposición del hijo de manera que el derecho del padre a relacionarse con su hijo era perjudicial para su bienestar. *Elsholz* acude al TEDH con el argumento de que la madre del menor le había programado contra él.

Su demanda señala al Síndrome de Alienación Parental en el origen de la postura de su hijo, y dirige su reclamación contra Alemania porque no se practicaron pruebas periciales que hubieran permitido interpretar en el contexto, las manifestaciones de su hijo, habida cuenta de que los estudios sobre Alienación Parental realizados en los años 80 en los Estados Unidos estaban al alcance de los tribunales alemanes.

<sup>28</sup> Idéntico es el razonamiento de la importancia del vínculo padre-hijo, en situaciones de crisis de la relación paterno-filial como la que representa el cuidado público institucional de un hijo. Sentencia TEDH de fecha 13-7-2000, caso *Scozzari and Giunta vs. Italia* o *Eriksson vs. Suecia*, Sentencia de fecha 22-6-1989.

<sup>29</sup> *Hokkanen* dejó a su hija, al cuidado de sus suegros, hasta que su situación personal y laboral se recuperara tras la muerte de su mujer. Durante este tiempo, la menor desarrolló su vida familiar con los abuelos que ejercieron la guarda en virtud del acuerdo privado de cesión de guarda. Cuando el padre reclamó el retorno de la menor a su cuidado, los abuelos se opusieron de modo contundente alegando que el mayor interés de la menor era continuar en el entorno del que disfrutaba, negándose a llevar a la hija a las visitas con su padre, a pesar de haber sido requeridos expresamente por los tribunales para que permitieran las visitas. Finalmente, el TEDH estimó la demanda del padre contra Finlandia, por no haber agotado todos los medios coercitivos para que los abuelos cumplieran las resoluciones judiciales de entrega de la menor a su padre.

encaminadas a proteger el vínculo familiar de modo activo, y procurar que el lazo familiar se consolide en el futuro con vistas a una futura reanudación/ampliación de las relaciones paterno-filiales<sup>30</sup>.

En el mismo sentido puede citarse la Sentencia de fecha 11-10-2001 en el caso Hoffman vs. Alemania<sup>31</sup>, que reitera la obligación de los poderes públicos de suprimir los obstáculos que de futuro puedan existir en las relaciones entre padre e hijo, puesto que el genuino respeto por la vida familiar requiere que las relaciones paterno-filiales, no las decida el mero paso del tiempo<sup>32</sup>.

Las Sentencias de nuestros Juzgados y Tribunales, también subrayan la importancia del derecho del hijo a relacionarse con sus padres, asegurando su efectividad, con independencia de las opiniones expresadas por los padres y por el Ministerio Fiscal, por cuanto se trata de una cuestión de orden público<sup>33</sup>, que se refiere a la formación íntegra y a la integración familiar de un menor de edad, prioridad esencial de los pronunciamientos sobre guarda y custodia<sup>34</sup>, que

conciben el derecho de visitas desde el punto de vista del menor, pues como señala el Tribunal Constitucional, “el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos a los que se debe un cuidado y una entrega, como mínimo, adecuada”<sup>35</sup>.

Existe, además, en nuestras Resoluciones Judiciales una herencia profundamente iusnaturalista, que no puede advertirse con tanta claridad en los precedentes judiciales de corte anglosajón, y que define el derecho del hijo a relacionarse con su padre como derecho propio de la personalidad, en el ámbito del deber parental asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial; derecho “que corresponde *naturalmente* a los padres y a los hijos, puesto que pertenecen a la esfera del Derecho Natural”<sup>36</sup>, del que es consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos.

Cada vez son más abundantes las referencias a la Alienación Parental, o en definitiva, a la inducción al desamor a un padre

<sup>30</sup> Este fundamento ha servido al TEDH para condenar a Suecia en su Sentencia de fecha 25-2-1992, caso de Margareta and Roger Andersson vs. Suecia, por haber vulnerado el derecho de visitas a Margareta, durante la estancia de su hijo en un Hospital, y no haber fomentado la reanudación del vínculo parental tras diferentes acontecimientos que habían llevado al Estado a asumir la guarda del menor.

<sup>31</sup> Para entender la Jurisprudencia del TEDH en relación con los pronunciamientos de los tribunales alemanes, debe tenerse en cuenta que el diferente régimen legal de la filiación según si es matrimonial o extramatrimonial en el derecho alemán, ha fundado las demandas contra este Estado en materia de Guarda y custodia, tanto en la violación del derecho a la intimidad familiar (artículo 8 del Convenio), como en la violación del derecho a la igualdad (artículo 14 del Convenio).

<sup>32</sup> Idéntico argumento sobre la obligación de que el Estado no permita que el tiempo decida las relaciones entre un hijo y su padre puede leerse en la Sentencia de fecha 8-7-1987, caso O.,H.,B., Y R., vs Reino Unido, en el contexto del acogimiento institucional público.

<sup>33</sup> AP Cáceres, sec.1ª, Sentencia de fecha 12-1-2006, rec. 584/2005, Pte: Bote Saavedra, Juan Francisco.

<sup>34</sup> AP Badajoz, sec.3ª, Sentencia de fecha 30-9-2005, rec. 238/2005, Pte: Narváez Bermejo, Miguel Ángel.

<sup>35</sup> STC 4/2001 de 15 de enero de 2001.

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Supremo, 1ªS. de fecha 21-7-1993, citada en AP Málaga, sec. 6ª, Sentencia de fecha 30-11-2006, rec. 922/2006, Pte: Díez Núñez, José Javier.

por manipulación del otro, y los Órganos Judiciales “no pierden de vista el peligro de que un menor de poca edad pueda ser influenciado (consciente o inconscientemente) por la persona con la que habitualmente convive hasta el punto de llegar a compartir la hostilidad que ésta pueda sentir hacia un tercero”<sup>37</sup>, contando, en todos los casos en que el Órgano Judicial ha contrastado la existencia-inexistencia de Alienación parental, con una insustituible prueba pericial que ha servido para modificaciones de guarda y custodia orientadas a anular el efecto del sometimiento de los hijos a los sentimientos del padre manipulador y que favorezcan que el menor adquiera personalidad, ideas y emociones propias, diferentes a las inducidas por el padre manipulador.

Advertida la presencia de la manipulación por los Órganos Judiciales, es también unánime el reconocimiento de que inducir odio a un padre, es alarmantemente pernicioso para el menor. Tal situación se considera “intolerable por los graves perjuicios y secuelas que ocasionan al niño”<sup>38</sup>, y además es de tal gravedad que precisan el auxilio de profesionales para su tratamiento, porque introducen un modelo familiar patógeno para el hijo, que no da garantías de desarrollo saludables. alguna Sentencia introduce una visión de género en el Síndrome de Alienación Parental, cuando señala que la alienación más común, suele presentar al padre como progenitor odiado, pero cuando es la madre quien sufre el

odio inducido por el padre, “este enloquecimiento suele adquirir características de mayor crueldad, tanto para la madre como para los hijos”<sup>39</sup>.

En el marco de la función jurisdiccional, no resulta fácil proteger al menor, pues en los casos de odio profundo, ninguna solución es satisfactoria, por la pertinaz resistencia del hijo a estar con su padre odiado. En alguna ocasión, sin embargo, la imposición del ejercicio del deber de custodia al padre odiado, concede un cierto permiso psicológico al hijo para entablar una relación con él, puesto que el acercamiento al padre *al que tiene que odiar* ha sido la decisión de una tercera persona, y no su flaqueza en el alineamiento con el manipulador.

La Sentencia de fecha 6 de julio de 2006 del Juzgado de Primera Instancia (Familia) 7 de Sevilla<sup>40</sup>, recoge con rotundidad que “el sometimiento a la Alienación Parental supone un acoso y estrés emocional intensos”, que puede producir un severo daño emocional, cuya recuperación sólo será posible, si se suprime la posibilidad de acceso al menor por parte de la figura maltratante, esto es, del padre que ha adoctrinado en el odio al hijo común. A ello añade que, “impedir el derecho recíproco de una relación normalizada con los padres, constituye una flagrante demostración de maltrato infantil, al poder llegar a privar no sólo al padre sino al propio menor, de un derecho irrenunciable que afectaría a su integral desarrollo y dignidad como persona”. La misma idea comparte la

<sup>37</sup> AP Madrid, sec. 17ª, Sentencia de fecha 15-1-2007, rec. 325/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús.

<sup>38</sup> AP Murcia, sec. 1ª. Sentencia de fecha 16-10-2006, rec. 168/2006, Pte: Castaño Penalva, Álvaro.

<sup>39</sup> AP Madrid, sec. 24ª, Sentencia de fecha 15-2-2006, rec. 796/2005, Pte: Fuente García, Miriam.

<sup>40</sup> N° de Autos 747/2002, Pte: Serrano Castro, Francisco.

Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, que no ha dudado en calificar estos supuestos de maltrato infantil.

#### IV. EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A RELACIONARSE CON LOS PADRES

El indicador más habitual de que uno de los padres está obstaculizando la relación del hijo con el otro padre, lo constituye el incumplimiento del régimen de visitas, debido a la inactividad o la deliberada actuación impeditiva del padre obligado a facilitar las visitas, justificando su actitud en que el menor no desea acudir a la cita con su padre. Cuando el Juzgado establece las condiciones de las visitas, está imponiendo al padre custodio, una obligación de hacer personalísimo, puesto que es la manifestación de un derecho de la personalidad.

Su naturaleza de obligación personalísima de carácter no pecuniario tiene consecuencias relevantes en orden a asegurar su ejecución, conforme a los artículos 776.2ª y 3ª de la LEC, de tal manera que las primeras consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de facilitar la relación del menor con su padre, son la imposición de multas coercitivas mensuales y la modificación del régimen de guarda y custodia (o de limitarlo, conforme al artículo 94 del Código Civil).

Cuando el incumplimiento injustificado del régimen de visitas se concreta en la

infracción de las condiciones objetivas de las visitas, el lugar de entrega o recogida, la persona encargada de recibir al menor, los días y las horas de visita, etc... bastará haber dado conocimiento al padre custodio de sus obligaciones y de las consecuencias de su incumplimiento.

Si bien la imposición de multa coercitiva no ofrece problemas procesales, mayores problemas puede plantear la modificación del régimen de guarda y visitas, pues se trata de una genuina modificación de medidas (del artículo 775 de la LEC), pero en el seno de una ejecución, que puede plantearse o bien con traslado a las partes y audiencia de los menores previamente a la modificación, o bien defiriendo la práctica de las pruebas al momento de una eventual oposición a la ejecución.

Finalmente, el incumplimiento *doloso* del régimen de visitas, cierra el círculo de las reacciones jurídicas con el artículo 618 del Código Penal.

A los anteriores efectos, cabe añadir uno especialmente alentador desde el enfoque de los derechos del hijo, cual es el de proteger su bienestar psicológico con igual firmeza que se protege su salud física, y los ataques a su salud mental, se conceptúan como maltrato psicológico que ha provocado que en nuestra Provincia, se hayan incoado en la Fiscalía de Menores, diversas diligencias de Investigación penal, por delito de violencia doméstica imputable al padre manipulador, que con menosprecio de la personalidad, sentimientos y necesidades del hijo, lo instrumentaliza en sus propios conflictos.