

Título: Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 51

Cita: TR LALEY AR/DOC/579/2013

Sumario: 1. Hechos. 2. El valor de las palabras y la proyectada reforma al Código Civil y Comercial. 3. Tenencia - los hijos como botín de guerra. 4. El derecho del niño a ser oído en las decisiones de Tenencia. 5. El síndrome de alienación parental. 6. Protección del derecho de visitas. 7. Conclusión.

1. Hechos

El padre de tres niños de 11, 10 y 8 años solicitó el dictado de una medida cautelar urgente, respecto del régimen de vida de sus hijos, peticionando el cambio de tenencia de aquellos de manera inmediata.

Fundó su petición, en los innumerables incumplimientos de la progenitora respecto del régimen de contacto paterno filial, sumado al desinterés de la madre con relación a la salud física y psíquica de los tres niños y su renuencia a cumplir las órdenes del Tribunal respecto de los análisis y test de personalidad psicológicos que se le mandara realizar. Indica además, que la demanda ha protagonizado al menos un hecho concreto de agresión del que hubiere sido víctima el más pequeño de sus hijos.

El Jurado en un principio no hizo lugar a la petición y supeditó el dictado de la medida a las resultas del proceso de tenencia, pero tras dos peticiones de la Asesora de Menores y de múltiples pruebas aceptó la medida precautoria solicitada.

De las constancias de la causa surgió evidente que (i) la madre predispuso a los menores en contra de su padre (ii) obstaculizó en forma crónica el régimen de visitas establecido por el tribunal (iii) obligó con su conducta a que el retiro y el reintegro de los niños se realizara en la comisaría (iv) incumplió las evaluaciones psicológicas, no obstante hacer elegido ella misma a los terapeutas (v) no realizó los tratamientos psicológicos aconsejados a sus hijos (vi) obligó a los niños a entrar a la audiencia con el tribunal con aparatos de grabación e interrumpió varias veces la audiencia de sus hijos con los Señores jueces (vi) obstaculizó el régimen de re vinculación familiar entre el padre y los niños organizado por el Tribunal en La Fundación Extramuros hasta llegar a suspenderlo (vii) desoyó todas las advertencias del tribunal de aplicarle multa, enviar las constancias a sede penal por desobediencia, tener en cuenta su conducta para ordenar el cambio de tenencia etc.

Por todas estas razones el Tribunal hizo lugar a la medida solicitada y dispuso, cautelarmente, la modificación del régimen de vida de los niños I., T. y F. G. y, en tal sentido, estableció la custodia de aquellos en cabeza de su progenitor, el Sr. P.G. A fin de efectivizar dicha modificación, el juzgado dispuso que el titular de la Comisaría correspondiente al domicilio del actor, arbitrara los medios necesarios para disponer durante el primer mes, una guardia policial permanente a fin de asegurar la salud psicofísica del actor y los niños, en su domicilio. Cumplido ese plazo, se analizará la necesidad de ampliar lo mismo, bajo petición expresa del actor.

2. El valor de las palabras y la proyectada reforma al Código Civil y Comercial

Lo primero que queremos destacar es que las palabras "tenencia", "visita" y "guarda" no son etimológicamente idóneas para designar los contenidos a los que aluden.

La impropiedad de estos términos ya fue destacada por Belluscio, en el siglo pasado quien dice del vocablo tenencia que es un término impropio, pues parece aludir más a las cosas que a las personas. [\(1\)](#)

La voz tenencia evidencia una relación cosificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabiliza las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, esta expresión "tiene carta de ciudadanía en la materia" y por sobre todas las cosas que para las personas legas tiene un significado concreto.

En este sentido se hace comprensible, el uso que se sigue dando al término porque la generalidad de la población no le atribuye el significado desvalorizante que un cierto sector le otorga, sino que por el contrario le da el sentido preciso, con lo cual el cambio de denominación solo constituiría un purismo lingüístico.

En definitiva si bien etimológicamente las expresiones tenencia y visita no resultan satisfactorias para indicar el contenido del deber-derecho emergente de la patria potestad que contienen con relación a la persona de los hijos. Su uso no es perjudicial para el niño.

Por otra parte, las expresiones mencionadas reconocen, tanto en la ley como en la jurisprudencia argentinas —en general—, un uso indiferenciado. Así vemos como tanto en la patria potestad como en el divorcio y la separación personal, se utilizan ambas expresiones —entre otras— para designar el deber-derecho emergente de la patria potestad, cuando se trata la resolución del conflicto que plantea la crisis de los progenitores respecto de la vida cotidiana del hijo menor (arts. 264, Incs 1° y 5°, 264 bis, 265, 271, 277, 307 inc. 2°, 206, 207 inc. 2°,

231, 236 y concs. del C.C.).

La tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad. (2)

El proyecto de Código Civil y Comercial Unificado cambia las denominaciones y llama a la tenencia "cuidado personal". Así en el Art. 648 establece que se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Por otra parte el artículo 653 determina las pautas a tener en cuenta para establecer quien ha de ejercer el "cuidado personal" señalando que En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el Juez debe ponderar:

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.
- b) la edad del hijo;
- c) la opinión del hijo;
- d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

Por otra parte el artículo 656 dice que "Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente"

Indiscutiblemente el Tribunal que tuvo a su cargo la decisión fue muy cuidadoso al ordenar el cambio de tenencia de los menores y la decisión fue tomada después de un concienzudo análisis de las conductas asumidas por la madre que resultaban ciertamente abusivas y contrarias al interés de los niños. Advertimos que sin que estuviera vigente, se siguieron las pautas previstas por el Proyecto del Código Civil 2012.

3. Tenencia- los hijos como botín de guerra

Todo divorcio trae aparejado situaciones conflictivas a los hijos entre otras causas porque la convivencia conjunta con ambos progenitores al mismo tiempo ya no es posible y porque los ex cónyuges, y algunas veces, indebidamente, sin reparar en el daño que causan, ponen un enorme empeño en adjudicarse al hijo como si constituyera un "botín de guerra". La complicación de los hijos en la causa conyugal se efectúa generalmente para desplazar de los afectos al otro, para obtener ventajas económicas, por motivos de venganza o por temor al "robo del hijo".

Para los niños estas situaciones son muy dañinas ya que para ellos, lo más beneficioso es un "régimen de tenencia compartida" o de "tenencia alternada" por el cual ambos padres compartan las responsabilidades derivadas del ejercicio de la patria potestad en forma responsable.

Si bien la tenencia compartida o alternada no está regulada expresamente en el Código Civil Argentino es ampliamente aplicada por los Tribunales y se encuentra contemplada en el proyecto de reforma del Código Civil. (3)

La tenencia compartida no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más. Por un lado este régimen aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores; y por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes tironeo e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar Para ello es necesario de parte de aquellos una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos.

Cuando no es posible lograr un acuerdo responsable sobre la forma en que los padres ejercerán la patria potestad, se debe determinar judicialmente cuál de ellos ejercerá la tenencia y como se desarrollará el régimen de visita. (4)

En la determinación de la tenencia, el Código Civil Argentino solo prefiere a la madre en el caso de menores de cinco años, en los restantes supuestos la única pauta válida en la elección está basada en "el interés superior del menor".

4. El derecho del niño a ser oído en las decisiones de Tenencia

Para determinar el "interés del niño" indefectiblemente se debe escuchar su opinión ya que, en virtud de la "Convención de Derechos del Niño" que tiene jerarquía constitucional y de "La Ley de Niños Niñas y Adolescentes" tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo a su capacidad progresiva, ello implica que no serán tenidas en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de 4 años que los de un adolescente de 12 años. De todas maneras cabe recalcar que el "Derecho del Niño a ser oído" no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo a lo que este exprese porque puede ocurrir que lo

que el niño quiere no sea lo mejor para su "interés superior".

En nuestro derecho se establece la posibilidad de oír al menor para las hipótesis de desacuerdo entre los padres (arts. 264 ter, inc. 1, Cód. Civ.), pero no se contempla expresamente tal posibilidad en lo atinente a los conflictos que provoque la guarda de los hijos menores.

Sin embargo a partir del 27 de septiembre de 1990, fecha de sanción de la ley 23.849 que incorpora a nuestro sistema positivo la Convención de los Derechos del Niño, recabar la opinión del menor en determinados conflictos ya no es una facultad del magistrado actuante sino un deber.

A los efectos de decidir la atribución de la tenencia de un menor, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así, pues parece razonable tomar contacto directo con el niño, ya que es la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes.

La opinión del menor, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica.

Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberá, necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas.

Se considera que el menor entre los siete u ocho años ya tiene un juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización, razón por la cual será su edad la que determinará el modo de interrogarlo. Pero como bien decíamos más arriba, este no es un principio rector sobre a qué edad puede el niño tener conciencia de sus preferencias, dependiendo el carácter del niño y la problemática familiar en la que se ve envuelto.

Constatar la autenticidad de la opinión resulta de suma importancia, tornándose imprescindible el poder asegurar que ésta es el reflejo de lo que el niño realmente siente, descartándose toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia. Debe, asimismo, poder determinarse según su edad, costumbres y hábitos de vida, que la inclinación por uno de sus padres en particular no se vea motivada por un menor control en sus actividades, menores exigencias, o, en definitiva, lo que haga que le parezca más deseable más allá de atentar contra sus propios intereses.

Lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor.

Es necesario destacar que el proyecto de Código Civil y Comercial unificado 2012 encomienda a los jueces y a los padres tener en cuenta la opinión de los hijos para establecer quien ejercerá la tenencia y como se desarrollará el plan de parentalidad (arts. 653 y 655 del Código Civil y Comercial Proyectoado).

Pero así como deben escuchar a los niños los jueces y funcionarios que intervienen en la determinación de la tenencia tienen que tener muchísimo cuidado de evitar el Síndrome de Alienación Parental que se da cuando un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificarte o destructiva al o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor.

En el supuesto que exista SAP por un lado la opinión del niño como no es libre, sino producto de una mala injerencia, no tendrá valor o su importancia será muy relativa y por otra parte quien la ejerce debe ser jurídicamente sancionado por el daño que les produce al hijo y al otro padre.

En el caso en comentario el tribunal —con acierto— dejó de lado la opinión, de los hijos de 10 y 11 años, casi adolescentes, por entender, que ésta estaba influenciada por la voluntad materna; quien predisponía a los niños contra el padre. Compartimos plenamente lo decidido por los Sres. Jueces del Tribunal de Familia 3 de Lomas de Zamora Provincia de Buenos Aires, porque estimamos que no pudo considerarse que los dichos de los menores fueran ni libres, ni espontáneos, porque expresaban una repetición de lo que sostenía su madre, quien conscientemente perturbaba la relación de los hijos con el padre, en una actitud que encuadra prima facie en el SAP.

5. El síndrome de alienación parental

El síndrome de alienación parental (SAP) "es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerlos contradictoria con lo que debería esperarse en su condición". (5)

La primera persona que definió este trastorno fue el Profesor de Psiquiatría clínica del Departamento de Psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, Richard Gardner, quien en el año 1985 conceptualizó al SAP como "un trastorno que surge principalmente en el contexto de disputas por guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del otro progenitor, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esa campaña". (6)

Consideramos que la privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor tenedor a quien no detenta la tenencia es una conducta antijurídica, en tanto ella implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos. Como acto ilícito hace nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro progenitor. El daño puede ser tanto material como moral y para su apreciación deberá tenerse en cuenta la especialidad de las relaciones de familia. La responsabilidad estará en todos los casos basada exclusivamente en la culpa. La indemnización propiciada tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora. El monto de la indemnización debe ser fijado prudencialmente por el juez con un criterio de equidad, considerando las condiciones personales de los involucrados, su patrimonio, la índole de la falta, las particularidades de los perjuicios y las circunstancias del caso concreto. El sujeto legitimado para ejercer la acción es el progenitor no conviviente, no titular de la tenencia de los menores y el propio menor. El sujeto pasivo de esta acción es el progenitor titular de la tenencia de los menores. También están legitimados para reclamar resarcimiento por la privación del régimen de visitas los abuelos y hermanos del menor".

6. Protección del derecho de visitas

No caben dudas que en el caso motivo de comentario la madre obstaculizó e impidió injustificadamente el normal desenvolvimiento de la comunicación entre el padre y sus hijos. Es decir violó el denominado "derecho de visitas".

El derecho de visitas, al igual que cualquier otro derecho cuando es lesionado o no respetado merece obtener protección del Ordenamiento jurídico y la justicia debe protegerlo en cabeza de su beneficiario o titular si es vulnerado, negado o dificultado en cuanto a su pacífico disfrute por cualquiera particularmente por el titular de la guarda jurídica del menor. (7)

Consideramos que es muy difícil proteger el disfrute del "derecho de visitas" cuando uno de los progenitores lo quiere impedir y que si los tribunales no actúan rápidamente lo más probable es que este derecho se frustre indefectiblemente.

Por tal motivo valoramos la actuación de los jueces del Tribunal de Familia N 3 de Lomas de Zamora porque trataron por todos los medios de hacer efectivo el derecho del padre de tener una adecuada comunicación con sus hijos, llamando la atención a la madre, imponiéndole multas, señalándole que su conducta encuadraba en ilícitos penales, y finalmente cambiaron la tenencia de los niños a fin de garantizar efectivamente al padre el ejercicio de sus derechos, ya que, si el derecho de comunicación con los hijos no obtiene una eficaz protección para convertir en acto y realidad su potencial posibilidad de actuación, puede quedar prácticamente reducido a la nada, y en ese caso apenas significa realmente nada y de poco sirve para aquel titular el tener o serle reconocido el derecho, con serio desprestigio para la institución y para el propio ordenamiento jurídico. (8)

7. Conclusión

Valoramos positivamente el fallo en comentario en el cual se cambió precautoriamente la tenencia de los niños basado en que la madre ejercía SAP. Creemos que con actitud asumida por los Jueces del Tribunal de familia 3ª de Lomas Zamora se protegió adecuadamente el interés de los menores porque, cualesquiera sean los motivos que llevaron a la madre a cargo de la custodia de los niños, a impedir y obstaculizar la relación con su padre e incumplir los mandatos judiciales de atención psicológica de sus hijos, esta actitud causaba un daño injustificado e inútil tanto a los niños como a su padre, que el ordenamiento jurídico no podía, ni puede tolerar.

(1) BELLUSCIO, Cesar Augusto, "Manual de Derecho de Familia", Depalma, 5ª ed., edición actualizada, Buenos Aires, 1991. BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma. Buenos Aires 1987. BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires, 1987. BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires, 1987. BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires 1987. BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires, 1987.

(2) LLOVERAS, Nora, "Enciclopedia de Derecho de Familia", Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, p 728.

(3) Artículo 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera

principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado

(4) El artículo 264, inciso 2º, del Código Civil establece que en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. Dicha norma, junto con las disposiciones de los arts. 236, párrafo 1º, inc. 1º y 376 bis consagran lo que usualmente se denomina "derecho de visitas", terminología que, en modo alguno alcanza para reflejar la real dimensión del derecho en cuestión, dado que el vocablo "visitas" alude a un contacto pasajero y esporádico, mientras que la comunicación que la norma pretende asegurar supone una relación permanente, estrecha y afectuosa, propia del vínculo paterno-filial.

(5) AGUILAR, José Manuel, "S.A.P Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro", "Almuzara, España, Cuarta reimpresión 2007, p. 23.

(6) GARDNER, Richar (1992) The parental Alienation Syndrome, A guide for Mental Health and legal professionals, Court Review of American Judges association, 28 (1), 14-21, citado por Cartujo Bolaños Ignacio Hijos Alienados y padres Alienados, Reus Madrid 2008, p. 57.

(7) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, "El Derecho de Visita", Bosch, Barcelona 1996, p. 283.

(8) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, "El Derecho de Visita", Bosch, Barcelona 1996, p. 284.