

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

ESCUELA DE GOBIERNO

Máster Propio en Políticas de Infancia y Adolescencia:
Retos Actuales



La importancia de escuchar a las niñas, niños y adolescentes

EL FIN DEL LLAMADO *SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL*

Trabajo Fin de Máster
2019-2020

Alumna: María López de la Usada
Tutor: Ignacio Campoy Cervera

A mi hijo y a mi hija, por el orden en que los vi por primera vez.

ÍNDICE

ACRÓNIMOS	1
RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	3
Justificación personal e hipótesis	3
Objetivos	4
Metodología de trabajo	5
Agradecimientos	5
CAPÍTULO 1. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados	6
1.1. Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes	6
1.2. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados	13
1.2.1. El interés superior del niño y el derecho del niño a participar en la toma de decisiones que le afectan.....	13
1.2.2. La importancia de escuchar a los niños, niñas y adolescentes y tener debidamente en cuenta sus opiniones.....	16
1.2.3. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchado en los procesos judiciales .	18
1.2.4. Cómo escuchar a los niños, niñas y adolescentes	20
1.2.5. Cómo tener debidamente en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes	24
1.2.6. Sobre la veracidad del testimonio de las niñas, niños y adolescentes.....	26
1.2.7. La necesidad de mejorar la aplicación del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en la justicia española.....	28
1.2.8. El derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en la familia y en caso de ruptura familiar.....	31
CAPÍTULO 2. El llamado síndrome de alienación parental a la luz del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados	33
2.1. El llamado síndrome de alienación parental	33
2.2. El llamado síndrome de alienación parental en los tribunales españoles	35
2.2.1. Contexto y dimensión	35
2.2.2. El derecho a ser escuchado en algunas resoluciones en las que ha habido alegación de <i>síndrome de alienación parental</i>	37
2.3. Posicionamiento institucional y doctrinal respecto del llamado <i>síndrome de alienación parental</i>	39
2.4. Estudio jurisprudencial sobre el impacto del <i>síndrome de alienación parental</i> en los tribunales asturianos	43
2.5. Jornada de análisis multidisciplinar del denominado <i>síndrome de alienación parental</i>	45
2.6. El llamado <i>síndrome de alienación parental</i> desde el enfoque de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Especial referencia al derecho a ser escuchado	46
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	55
REFERENCIAS	59
ANEXOS	61

*Mediante el diálogo
podemos presentar el objeto
desde todas las perspectivas posibles
y mostrarlo en su totalidad,
del mismo modo en que el escultor
nos muestra las cosas (...).*

Oscar Wilde

ACRÓNIMOS

AMJE	Asociación de Mujeres Juezas de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención de Derechos del Niño de 1989
CE	Constitución Española
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women de 1979
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
INE	Instituto Nacional de Estadística
PAS	<i>Parental Alienation Syndrome</i>
PEF	Puntos de Encuentro Familiar
SAP	<i>Síndrome de Alienación Parental</i>
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño:

OG4	Observación General No.4. Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, julio 2003.
OG5	Observación General No.5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre 2003.
OG7	Observación General No.7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, noviembre 2005
OG12	Observación General No.12. Derecho del niño a ser escuchado, julio 2009
OG13	Observación General No.13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, abril 2011
OG14	Observación General No.14. Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), mayo 2013

RESUMEN

Los poderes públicos están obligados a promover y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los que está su derecho a participar, a expresar sus opiniones, y a que estas sean respetadas. En los procesos judiciales, especialmente en casos de ruptura familiar, se les debe escuchar, con objeto de que puedan participar en la determinación de su interés superior. En muchas ocasiones este derecho, que deriva de la libertad del ser humano para participar en su propio desarrollo, se ve quebrantado por la utilización de estereotipos y prejuicios que están presentes en nuestra sociedad y que restan valor a los niños, niñas y adolescentes, a lo que sienten y a lo mucho que tienen que transmitir. El llamado *síndrome de alienación parental* es un ejemplo de mito que se emplea en el ámbito de la justicia para descalificar su relato. Este trabajo trata de exponer cuáles son las herramientas y perspectivas que nos ofrece la Convención de Derechos del Niño para enseñar lo que expresan, y para poner fin a presuntas teorías que conculcan sus derechos.

Palabras clave: *Niños, niñas y adolescentes; respeto; derecho a participar; derecho a ser escuchado, síndrome de alienación parental.*

ABSTRACT

Public authorities are obliged to promote and guarantee the rights of children and adolescents, among which is their right to participate, express their opinions, and to have these respected. In judicial proceedings, especially in cases of family breakdown, they must be heard, so that they can participate in determining their best interests. On many occasions this right, which derives from the freedom of human beings to participate in their own development, is disturbed by the use of stereotypes and prejudices that are present in our society and that detract from the value of children and adolescents, what they feel and how much they have to transmit. The so-called *parental alienation syndrome* is an example of a myth that is used in the field of justice to disqualify their story. This work tries to expose which are the tools and perspectives that the Convention on the Rights of the Child offers us to teach what they express, and to put an end to these presumed theories that violate their rights.

Key words: *Children and adolescents; respect; right to participate; right to be heard; parental alienation syndrome.*

INTRODUCCIÓN

Justificación personal e hipótesis

Reconozco mi inquietud por los temas relacionados con la educación, la igualdad de género y la infancia, acompañándome siempre en mi crecimiento moral e intelectual. Mi formación jurídica me ha permitido profundizar en ellos desde el ámbito del Derecho, con apoyo de mi interés por la filosofía, la psicología y la sociología.

El hecho de ser madre de una niña y un niño me ha permitido ganar conciencia de la fuerza con la que aparecemos, del impacto que producimos desde el nacimiento en quienes nos rodean y en nuestro entorno, y, especialmente, de la capacidad de enseñar, aprender y cooperar con la que llegamos.

Por ello, cuando en julio de 2019, en el seno de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), se constituyó un grupo de trabajo para la organización y desarrollo de una jornada de índole multidisciplinar con objeto de profundizar en un tema espinoso como el denominado *síndrome de alienación parental*, cuyas penosas consecuencias afectan especialmente a las mujeres, niñas y niños, me involucré activamente, quedando encargada de la elaboración de un vídeo que se iba a proyectar el día de la jornada.

Aquí comenzó a germinar este trabajo que ahora presento, y que surge de las dudas que genera la identificación del llamado *síndrome de alienación parental* que se *diagnostica* a los niños en un proceso judicial de custodia, y se *cura* con una *terapia* (conocida como *terapia de la amenaza*) consistente en obligarles a vivir con un progenitor distinto de aquel con quien conviven, sin contar con ellos o habiendo manifestado de forma expresa su rechazo a irse con el mismo, bajo la justificación de que su rechazo es producto de la manipulación.

Y es motivado por la necesidad de denunciar el uso de esta *terapia*, especialmente ante posibles abusos sexuales y/o violencia contra las mujeres, los niños, niñas y adolescentes.

Las hipótesis planteadas son esencialmente dos y son circulares: el fenómeno conocido como *síndrome de alienación parental* surge porque no se respeta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y tomados en cuenta, y el fin de este fenómeno y otros análogos vendrá con el respeto de este derecho.

Objetivos

Los objetivos primarios de este trabajo son tres. El primero es la conceptualización, dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y a que esta sea tomada en cuenta, el derecho a ser escuchados en los procesos administrativos y judiciales, especialmente en casos en los que se discute la custodia o el régimen de visitas, para que pueda servir como herramienta contra el uso del denominado *síndrome de alienación parental*. Para ello, se ha desarrollado un **primer capítulo** del trabajo. Su **punto 1.1** incluye una introducción a la consideración de los niños y niñas desde la Sociología de la Infancia, que pretende explicar por qué se minusvaloran sus capacidades y derechos y cómo superar esta visión; y al marco jurídico de los derechos humanos de la infancia. El **punto 1.2** está dedicado al derecho de los niños a participar y a ser escuchados, especialmente en los procesos judiciales. Se explica cómo debe interpretarse este derecho en el marco de los derechos humanos, por qué es importante la participación de los niños y que estos sean escuchados, y cómo debe ser el proceso de escucha y de toma en consideración de sus opiniones. Se incluye asimismo un punto que intenta resolver las dudas sembradas acerca de la veracidad del testimonio de los niños y niñas y las dificultades que se encuentran para ser considerados capaces de emitir juicios propios y ser creídos. Se recoge la necesidad de mejorar la escucha de los niños en la justicia española, incluyendo observaciones que el Comité de Derechos del Niño ha hecho a España, y también algunos pronunciamientos que obligan al Estado español a indemnizar por incumplir este derecho. Finalmente se alude a la importancia de la familia como entorno idóneo para la práctica del derecho a participar. El segundo objetivo consiste en comprender qué se entiende por *síndrome de alienación parental*, comprobar si se utiliza en la práctica judicial española y cuáles son los distintos posicionamientos doctrinales e institucionales en nuestro país respecto de este, lo que se aborda en el **segundo capítulo**, por medio de sus **puntos 2.1, 2.2 y 2.3**. E incluye también una referencia a las conclusiones de un estudio de jurisprudencia realizado en Asturias en 2010 sobre el impacto del llamado *síndrome* en los tribunales de la región (**punto 2.4**), y de la jornada organizada por la AMJE en febrero de 2020 (**punto 2.5**). Y el tercer objetivo es examinar, una vez comprendidos los puntos anteriores, cómo impacta la utilización de este fenómeno en los derechos humanos de los niños y niñas y en el derecho garantizado en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, lo que se recoge en este mismo apartado segundo, en el **punto 2.6**.

Son objetivos secundarios: denunciar la utilización de este *síndrome* en la práctica judicial; hacer notar que los niños, niñas y adolescentes no son un grupo homogéneo; señalar que no están siendo ni preguntados ni escuchados como requiere el marco de derechos humanos, bajo la justificación, consciente e inconsciente, de que son seres manipulables; resaltar que, en los procesos de conflicto familiar y de violencia, son tratados más como objetos que como sujetos de derecho; e incidir en la necesaria investigación de las causas por las que los niños y niñas rechazan a un progenitor, con especial diligencia ante posibles contextos de violencia, abusos y/o discriminación.

Metodología de trabajo

El método seguido para demostrar las hipótesis planteadas ha consistido en estudiar cómo la realidad social *invisibiliza* a los niños y niñas y cómo dar paso a una nueva realidad, analizando estudios y textos realizados desde la Sociología de la Infancia; qué es el llamado *síndrome de alienación parental*, por medio del análisis de los distintos estudios que lo han abordado; y la comprobación de su aplicación en la justicia española mediante el estudio de la doctrina científica especializada, la jurisprudencia, las principales normas relacionadas con el derecho del niño a ser escuchado, y de forma especial la Convención de Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN), partiendo de la interpretación que viene realizando el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (en adelante el Comité o Comité CDN). La utilización de una metodología basada en el enfoque de derechos ha permitido señalar de qué modo el empleo del fenómeno conocido como *síndrome de alienación parental* vulnera los derechos humanos, atacando especialmente el derecho de los niños a participar, ser escuchados y tomados en cuenta.

Agradecimientos

He podido hacer este trabajo gracias a Ignacio Campoy; al conocimiento transmitido por las socias y socios de la AMJE; a la perspectiva que me han dado las profesoras y profesores del Máster; al apoyo y puntos de vista de mis compañeras y compañero de clase; a la visión siempre crítica de mis compañeros y compañeras del Grupo de Sociología de la Infancia y la Adolescencia; a la comunicación con mis sobrinas; y a las interesantes conversaciones con mi hermana, mi madre, mi marido, mi hija y mi hijo.

CAPÍTULO 1. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados

1.1. Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

La Infancia y Adolescencia constituyen el grupo social integrado por niñas, niños y adolescentes, y el “hecho más relevante” es que “todos sus miembros se encuentran por debajo de una determinada edad” (Gaitán, 2014, p.22), por lo que se asemejan entre sí por tener una edad comprendida en ese amplio intervalo que abarca desde el nacimiento hasta los 18 años. Fijarnos en este hecho permite ganar conciencia del riesgo de encerrar en una categoría a tan inmenso grupo de personas, solo por tener una determinada edad. Sin negar las necesidades específicas de las personas en sus primeros dieciocho años de vida, es importante que la observación de esta imagen de grupo nos devuelva el reflejo de la realidad: que la infancia y la adolescencia es un universo amplio y diverso, integrado por personas independientes y diferentes entre sí, y que, de hecho, pueden ser mayores las diferencias entre niñas y niños, entre bebés y adolescentes, niños y niñas de diferentes geografías, de distinto origen social y/o con diferentes condiciones vitales, que las existentes entre adultos y niños (Liebel, 2015).

Es importante partir de su diversidad para no ceder ante visiones estereotipadas y homogéneas de este colectivo. Gaitán señala que en la infancia “todos sus miembros se encuentran por debajo de una determinada edad”, para ubicarnos en el presente (“se encuentran”). Este presente resulta esencial para centrarnos en el hecho de que niñas, niños y adolescentes “son”, “viven”, “existen” plenamente, ahora. Y fijarnos en el ahora permite huir de las definiciones y concepciones que entienden la infancia como “tiempo de espera”, de los niños y niñas como “aprendices de”, como ser que es “aún no ser”, “human becoming” (Qvortrup). La referencia al presente de niños, niñas y adolescentes evitando unirlos de forma indefectible a su futura adultez, permite poner el foco en “lo que son” por encima de lo que “no son”, y en sus capacidades más que en sus limitaciones. Pavez (2016) advierte del peligro de adoptar “una visión de los niños como personas que carecen de competencias a nivel físico y emocional”, lo cual, sin duda, influye en la “ideología de los derechos”, por lo que es más adecuado centrarse en sus capacidades o *capabilidades*¹, que Liebel describe como “diferentemente iguales a las de los adultos”.

¹ Liebel prefiere hablar de *capabilidades*, en lugar de capacidades, como es traducido el enfoque (*capability approach*) aportado por el economista Amartya Sen y desarrollado por la filósofa Martha Nussbaum. El motivo, según explica, es que *capabilidades* incluye no solo las capacidades de los sujetos humanos sino también sus potencialidades y sus capacidades colectivas.

Y ello lleva necesariamente a que estas sean valoradas y respetadas en pie de igualdad (Liebel, 2015).

Señala Liebel (2007) que ha predominado la idea de protección, que da por hecho que los adultos son fuertes y los niños débiles, y ello se debe a “una constelación de poder que otorga un estatus fundamentalmente diferente a niños y adultos” (p.32), siendo la participación la vía para reducir su vulnerabilidad e incrementar su autoprotección.

Desde la Sociología de la Infancia y la Adolescencia se nos ofrece la oportunidad de revisar el paradigma clásico que *minoriza e invisibiliza* a los niños, y ello permite fundamentar la forma en que han de entenderse sus derechos (Rodríguez, 2012). Y el enfoque de derechos permite atender al interés de los niños, no desde la interpretación que realizan las personas adultas, sino que les permite expresar qué consideran que es su propio interés y participar en la toma de decisiones que les afecten. Centra la atención en la capacidad de los niños de defender y reivindicar sus derechos, adoptando un papel activo (Gaitán y Martínez, 2006).

La propuesta que nos ofrecen los actuales estudios de la Sociología de la Infancia consiste en ubicar a los niños en un primer plano, “escuchar el relato de las experiencias de niños y niñas desde su propia voz, convirtiéndolos en informantes privilegiados, o el tomarlos como unidad de observación, frente a recurrir a los adultos y su percepción sobre la infancia” (Rodríguez, 2012). Por eso surge la “investigación de infancia”, que, según Gaitán (2019) debe dirigirse a “tomar en cuenta a los niños como actuales actores sociales”. Debe abrirse a dar valor a las respuestas facilitadas por los niños, sin presuponer que, cuando no coincide con lo esperado por los adultos, es por error o falta de madurez, dado que “se trata de contribuir a la comprensión de una realidad, no de juzgarla” (Casas, Saporiti y otros, 2005). Melton y Limper, según citan Casas y otros (2005, p.15) consideran que los motivos de estudiar los derechos de los niños desde su perspectiva son cuatro: establecer las prioridades para su defensa, fijar las estructuras legales y políticas que se precisan para ello, favorecer la socialización y participación de los niños, y reconocer y respetar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Desde un punto de vista jurídico, el enfoque o perspectiva de derechos de los niños no es sino considerar que la mejor forma de proteger a las personas es protegiendo sus derechos y esencialmente su derecho a participar con libertad en sus propios proyectos de vida y

en la vida en sociedad (Campoy, 2004). Este enfoque apela a la necesidad de tener presente de forma transversal el conjunto de los derechos humanos de los niños, como una unidad, como un todo, y en todas las decisiones que se adopten, que de forma directa o indirecta les afectan, entendiendo además que, como ciudadanos y ciudadanas que son, no pueden quedar al margen como grupo. Y su consideración es una obligación que debe atravesar cualquier actuación de los poderes públicos.

El marco jurídico que permite garantizar este enfoque es el modelo de los derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH) comienza señalando en su Preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y, en su art. 1, indica que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad”. Dicho precepto recoge el concepto de dignidad natural (“intrínseca”, que poseen los seres humanos al nacer) y general, acogiendo las formulaciones del imperativo categórico de Kant, quien afirma que la dignidad consiste en que “el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como un fin”. Por ello, el ser humano, desde el nacimiento (esto es, desde niño), tiene dignidad, y es un fin en sí mismo, sin que pueda ser utilizado como medio.

Ahora bien, son distintas las concepciones de dignidad humana y cómo debe protegerse, según la época, la cultura y el lugar, y lo mismo ocurre con la protección de la dignidad y el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Y esto es así porque, como se indica desde la Sociología de la Infancia, la infancia es una construcción social, de manera que se configura como un “espacio de la estructura social cuyas características están histórica, geográfica y culturalmente definidas y que determina la manera de ser niño en una cierta sociedad” (Gaitán, 2009).

Con anterioridad a la DUDH, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, aprobada por la Sociedad de Naciones y promovida por Eglantyne Jebb, fundadora de Save The Children, señala que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”².

² El contexto europeo en el que se aprueba esta Declaración, con millones de niños huérfanos y desplazados

Once años después (1959) se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, que indica que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”, y señala la necesidad de protección del niño justificada en “su falta de madurez física y mental”, proclamando el principio de “interés superior del niño”. Ambas (Declaración de Derechos del Niño de 1924 y la de 1959) se refieren a la deuda de la humanidad con los niños y niñas. La humanidad se compromete a darles “lo mejor”. Resulta destacable esta noción de necesidad de protección de las personas más pequeñas como deuda, que parece reconocer el trato injusto que han venido recibiendo. También interesa la idea que subyace de que los niños son cosa distinta de la humanidad, que parece integrada solo por personas adultas. El niño no es protagonista, es solamente acreedor de protección.

Treinta años más tarde se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), ratificada por España en 1990 y parte de nuestro ordenamiento jurídico interno³.

Por primera vez se define al sujeto niño: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art.1 CDN). Esta definición implica la revelación del grupo social Infancia y Adolescencia, precisamente en virtud de su edad.

Recuerda la Convención cuál es el fundamento de adoptar un instrumento internacional dedicado expresamente a garantizar los derechos de los niños: las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Algunos enfoques de índole proteccionista se instalan en esta primera afirmación y no aprovechan la enorme potencialidad que, como se verá, ofrece la propia Convención para la consideración de los niños, niñas y adolescentes como lo que verdaderamente son: “simplemente seres humanos con derechos” (Gaitán, 2018).

La Convención de 1989 no nace sola, sino que integra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y como ya hizo la Declaración de 1959, alude a la DUDH y a la defensa de “la dignidad y el valor de la persona humana”. Por tanto, su lectura debe

como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, determina la urgencia de que se adopte un compromiso de “los hombres y las mujeres de todas las naciones” para asegurar la protección de los niños. Esta Declaración, ratificada por las Naciones Unidas en 1948 (mismo año de proclamación de la DUDH), ofrece una imagen de la infancia de la época y refleja que el modo de garantizar la dignidad del niño consiste esencialmente en posibilitar su supervivencia.

³ Conforme a los arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.

realizarse como una totalidad, integrada por artículos que imponen obligaciones a los Estados para que garanticen los derechos humanos de los niños, encargándose el Comité de los Derechos del Niño de examinar a los Estados, velar por el cumplimiento de sus obligaciones e interpretar los derechos del niño como algo vivo.

De especial importancia es que la Convención (recordemos que es el convenio internacional más ratificado), en su primer párrafo del preámbulo, se refiere a la “dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y el propio Preámbulo señala la necesidad de que el niño esté preparado para “una vida independiente en sociedad”. Es este el sentido de dignidad destacado por Campoy cuando afirma que “la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano” (2004, p.146). Esto permite afirmar que hay un reconocimiento evidente, frente a las declaraciones anteriores, de que los niños son la humanidad, y que la dignidad de la Infancia es la dignidad de la “familia humana”.

La CDN plasma el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, integrando, junto con la DUDH y demás acuerdos y tratados, el marco internacional de protección de sus derechos humanos. Pero el reconocimiento de tales derechos no es suficiente. El respeto de los derechos humanos de los niños depende de la protección que se les brinde. “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político” Bobbio (1991). Y esto es lo que pretende la Convención, que, partiendo de la justificación de los derechos de los niños como derechos proclamados en los tratados de derechos humanos, establece a lo largo de todo su articulado la obligación de los Estados de protegerlos. De esta forma, la Convención, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, sería la herramienta política necesaria para la garantía de los derechos de los niños.

Conforme con este mandato y en línea con el principio democrático de que “todos son iguales ante la ley” con independencia de su circunstancia social, el Comité, como órgano encargado de la interpretación y promoción del impulso de los preceptos de la Convención, señala que “la puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no

ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños” (OG5, p.11)⁴.

La CDN exige que los diferentes Estados avancen en el reconocimiento de la dignidad y derechos de los niños, especialmente su libertad e igualdad, armonizando sus normas conforme a los derechos humanos y con el compromiso de la sociedad.

Dentro de nuestro marco jurídico constitucional para la protección de los derechos humanos de los niños y niñas, resultan esenciales los arts. 10 y 14 de la Constitución española (en adelante CE)⁵, que reflejan la sentencia de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad”, y el art. 9.2 CE, que señala que es obligación de los poderes públicos, de acuerdo con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que rigen nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE), “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Los principios de libertad, igualdad y no discriminación, y el principio de convivencia democrática, resaltado en el Preámbulo de la CE y su art. 27 (derecho a la educación), fundamentados en el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás, conducen a las ideas de reciprocidad y respeto mutuo. Estos dos conceptos son claves para la interdependencia entre los derechos individuales y los de las demás personas. Campoy lo sintetiza cuando define los derechos humanos como “instrumentos político jurídicos idóneos para que el mayor número de personas posible pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución y, con ello, alcanzar el máximo desarrollo posible de sus diferentes personalidades”, a la vez que señala que “es la propia persona, pues, la única que puede determinar la forma de llevar a cabo el libre

⁴ A lo largo del texto se utilizará el acrónimo OG para referirse a las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, donde el Comité incluye la interpretación de la CDN, seguidas del número correspondiente de observación. A continuación, se indica el párrafo correspondiente (p.).

⁵ El art. 10 de la Constitución señala que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y reconoce, como fundamentos del orden político y la paz social “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”.

Por su parte, el art. 14 recoge el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por circunstancias personales o sociales, en términos análogos a los dos primeros preceptos de la DUDH.

desarrollo de su personalidad” (Campoy, 2017). De acuerdo con Campoy, debe superarse la idea que la dignidad humana es el fundamento de los derechos fundamentales, cuando la vía adecuada debe ser la de la libertad (“el fundamento último de los derechos fundamentales reside en la vida humana digna, es decir, en el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano, debiendo protegerse la voluntad de la persona en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de su vida” (Campoy, 2004, p.147).

Esta idea de protagonismo y libertad de cada persona para conseguir su desarrollo, que, en cuanto referida al “mayor número de personas posible”, multiplicaría el bienestar y libertad de la colectividad, es la que permite recordar que para hacer real y efectivo el respeto de los derechos humanos no puede dejarse de lado a todo un grupo social, como es la Infancia y la Adolescencia.

Garantizar los derechos humanos de los niños implica dar el paso de una relación de poder adultocéntrica ⁶ en la que el niño es “menor”, a una relación de confianza⁷, respeto y convivencia entre las personas, con independencia de su edad.

La adopción de una perspectiva de infancia y un enfoque basado en los derechos de los niños debe inspirar todas las políticas públicas, en cuanto promotoras del pluralismo, la libertad, la igualdad y la participación. Como señala el Comité: “La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención” (OG5, p. 12).

El propio Comité señala que no hay una jerarquía de derechos, sino que se debe garantizar

⁶ “Se observa claramente lo referido a clases en disputa, a patriarcado y racismo, pero no se asume que el trato que ancestralmente se le ha dado a niños, niñas y personas consideradas jóvenes, responde a una constitución de carácter sistémico en nuestras sociedades (...) se ha tendido a su invisibilización como actores de las sociedades en que viven y no se ha enfatizado en la condición sistémica de las relaciones de edad, más bien se ha reforzado la construcción de imaginarios que la conciben como un dato natural incuestionable (Bourdieu, 2000). A partir de este planteamiento, en esta Tesis sostengo que este adultocentrismo está directamente vinculado con la existencia de patriarcado en su procedencia y emergencia, y que éste le contiene y refuerza en su reproducción”. (Duarte, 2015, p.89).

⁷ Liebel (2015) cita la importancia de la confianza señalada por el filósofo Martin Hartann. Aunque referida a la relación entre padres e hijos, resulta oportuno traer sus palabras aquí “Quién confía no desea que la confianza no se confirme, pero se arriesga a que esto pase, y si realmente la autonomía del otro le importa, no tiene otra que correr este riesgo. Pues lo que hace posible y realidad la autonomía es precisamente la confianza, y si de confianza hablamos, en este caso, de autonomía se trata”. Hartmann, Martin (2011), *Die Praxis des Vertrauens*. Berlin: Suhrkamp.

el disfrute “pleno y efectivo” de todos ellos, por cuanto se caracterizan por la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos humanos.

Recuerda que los niños son sujetos de derecho y se debe ser respetuoso con ellos y con sus derechos no por benevolencia o proteccionismo, sino porque tienen los mismos derechos que todos, no únicamente aquellos derechos que “derivan de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión)” (OG12, p.18).

Asimismo, el Comité identifica como principios generales, bajo cuya luz deben interpretarse los derechos humanos de los niños, los recogidos en el art. 2, referido a la prohibición de discriminación, el art. 3.1, que señala que debe ser una consideración primordial el interés superior del niño, el art. 6, referido a la garantía del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el art. 12, que recoge el derecho del niño a expresar su opinión, su derecho a participar (ser tenido en cuenta) en la toma de decisiones que le afectan.

1.2. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados

1.2.1. El interés superior del niño y el derecho del niño a participar en la toma de decisiones que le afectan

El art. 3.1 CDN, referido al interés superior del niño indica:

Artículo 3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Este concepto se recogía en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pero es el Comité (OG14) quien lo desarrolla más extensamente, por tratarse de un concepto dinámico, flexible y adaptable, en una triple vertiente: como “derecho sustantivo”, como “principio jurídico interpretativo fundamental” y como “norma de procedimiento”, que requiere, entre otras garantías procesales, que se adopte una decisión motivada y se lleve a cabo una evaluación individual “caso por caso”. El objetivo de considerar el interés superior del niño es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”, entendiendo por “desarrollo holístico” no solo el desarrollo físico, sino el crecimiento personal, espiritual, moral y social del niño, que promueva su dignidad humana (OG5, p.12).

El Comité indica que “La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige

adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana” (OG14, p.5).

El Comité recuerda que el interés superior del niño debe atenderse como “consideración primordial”, lo que supone que debe considerarse por encima de “todas las demás consideraciones”, dado que es de “máxima prioridad”. Y ello se justifica, no solo por la situación especial en que se encuentran los niños, dada su dependencia y grado de madurez, sino también por la menor protección que se brinda socialmente a sus derechos e intereses, con motivo, muchas veces, de la falta de cumplimiento de otro derecho y principio general como es el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados.

La DUDH y la CDN señalan la especial protección que merecen los niños, niñas y adolescentes, si bien su protección no puede consistir en silenciarlos.

El propio Comité señala que “si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar” y que “los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses”. Por ello, los derechos contenidos en los arts. 3.1 y 12 CDN se configuran como principios generales y deben leerse de forma conjunta, con base en el reconocimiento de los niños como titulares de derechos, que deben respetarse para garantizar y proteger su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

En cualquier caso, para proteger a los niños y niñas es esencial escucharlos, con independencia de su edad o situación personal, lo que significa que es necesario adaptar el sistema a sus capacidades y habilidades.

Según señala el Comité, la mayor parte de los artículos de la Convención exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que les afectan, lo que da lugar al concepto de participación, que no es sino “planificar, trabajar y elaborar medidas en consulta con los niños”, en prácticamente todos los asuntos, sea de forma individual o colectivamente (OG12, p.86 y ss).

La garantía de la participación de las niñas y niños, la obligación de respetar su derecho a expresarse, a opinar, a ser tomados en cuenta y a ser escuchados, se recoge en el art. 12:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este artículo se refiere tanto al derecho de los niños a ser escuchados, como a que sus opiniones sean tomadas en cuenta, y recoge el derecho de participación del niño, aunque este término no aparece expresamente en el art. 12. Así lo explica el Comité, al indicar que “este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos” (OG12, p.3). Resulta muy relevante esta alusión al diálogo y a la reciprocidad, y también a la evolución del principio de participación, la cual deriva de que la Convención es un *documento vivo* sujeto a relecturas que permitan el avance de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como ha señalado el presidente del Comité de los Derechos del Niño ⁸, quien, en referencia a la participación de los niños, recordaba especialmente el papel que están adoptando en la promoción y protección de sus propios derechos, que no es otro papel que el que les corresponde.

La relación entre los principios recogidos en los artículos 3 y 12 es de complementariedad: “uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”. (OG12, p.74).

El interés superior del niño, en su vertiente de garantía procesal, exige que la toma de decisiones se realice siempre escuchando a los niños (OG 12, p.70).

⁸ Discurso de Luis Pedernera el 20 de noviembre de 2019 (30 aniversario de la Convención) ante Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.enclavedeevaluacion.com/30crc-discurso-de-luis-pedernera-ante-naciones-unidas/>

En el mismo sentido, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, en su art. 7, referido a los niños y niñas con discapacidad, integra el derecho a que sea considerado tanto el interés superior del niño, como su derecho a expresar su opinión y a que esta sea considerada. Ambos principios constituyen la guía para las actuaciones del Comité, según los protocolos facultativos de la Convención, en concreto lo recoge así el art. 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (66/138).

El derecho a ser informado y expresar su opinión en los procedimientos, se declara en el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del Niño de 1996 (art. 3).

La Convención es clara al recoger la obligación de respetar el derecho a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño”. Como señala el Comité, no estamos ante el derecho a la libertad de expresión, que recoge el art. 13, sino de la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta las opiniones del niño.

1.2.2. La importancia de escuchar a los niños, niñas y adolescentes y tener debidamente en cuenta sus opiniones

Ochaíta y Espinosa (2012) destacan, sobre la base de la *Teoría de las necesidades humanas* de Doyal y Gough, que las necesidades universales son básicamente dos: salud física y autonomía, ambas interdependientes y precisas para la integración en sociedad, y constituyen el fundamento moral de los derechos humanos ⁹, por tanto, de los derechos de las niñas y niños, “en todas las etapas de desarrollo y en todos los pueblos y culturas”. Definen la participación activa de los niños y las normas estables como “satisfactores universales” de la necesidad de autonomía, e indican que “la idea de que el sujeto humano es un activo buscador de intercambios con el medio resulta bastante obvia para los profesionales relacionados con el desarrollo infantil”. Señalan que esto no es siempre comprendido por las ciencias jurídicas, que, al equiparar la participación de los niños y niñas con actuar conforme a sus deseos, tienden a limitar este derecho. Para no limitar sin justificación el derecho a satisfacer esta necesidad de participación de las personas, las

⁹ Del análisis del articulado de la CDN en relación con las necesidades básicas, señalan los arts. 5, 9 y 10 y 18 (Derecho tener relación con el padre y la madre, vinculación afectiva, normas y educación informal familiar) y los arts.12, 13, 14, 15,16 y 17: Derechos de participación y libertades civiles (opinión, libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, de asociación, de identidad y de acceso a la información)

autoras recuerdan que dentro de sus necesidades humanas también están los límites y las normas estables.

Para Bernuz (2015), se fomenta la integración social de niños y niñas y su participación ciudadana desde la consideración del respeto como valor social esencial. Así, citando a Bosisio¹⁰, indica que la escucha “presupone el respeto y el aprecio del otro como persona cuya opinión y posiciones son valoradas”. La consideración del respeto al otro es esencial, como se ha indicado, y es conveniente recalcar que la aplicación del derecho de los niños a ser escuchado debe mantener siempre su fundamento en el respeto a sus opiniones. No es suficiente escuchar, sino garantizar que sus opiniones son tomadas en consideración.

El niño es “participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos”, de acuerdo con el Comité. Esto significa que escuchar a los niños es algo esencial porque “el libre desarrollo de la personalidad de cada persona sólo se logra si ésta es libre en el diseño de sus propios planes de vida y en la actuación para su efectiva realización. Es la propia persona, pues, la única que puede determinar la forma de llevar a cabo el libre desarrollo de su personalidad” (Campoy, 2017). Resulta ineludible la garantía de su derecho a participar de forma efectiva, a expresarse, a hacer preguntas, a ser escuchados y tomados en consideración, en tanto ciudadanos y ciudadanas. No solo porque es su derecho, sino porque no hacerlo tumba la posibilidad de una verdadera convivencia democrática. Por ello, es imprescindible contar con la visión de los niños, niñas y adolescentes, quienes precisamente por su edad y por encontrarse en desarrollo, viven la vida con otro ritmo y atención. Los niños poseen a la vez curiosidad y tiempo (García, 2020) y aportan perspectivas y experiencias útiles (OG12, p.12). Por ello y por no haber asimilado muchos de los estereotipos que se aprehenden con los años y la vida en sociedad, los niños y niñas tiene una gran capacidad para centrarse en lo más esencial, para plantearse preguntas. Mantienen y despiertan a su alrededor la curiosidad, contagian la necesidad de investigar, e interpelan a la necesidad de aprendizaje y a la crítica social. “Ni bien comienzan a hablar, a los niños les encanta preguntar “¿por qué?” (Liebel, 2015).

Es por ello por lo que debe facilitarse que las niñas y niños pregunten, opinen y sean escuchados y tomados en cuenta, no solo porque tienen derecho y por su propio bienestar,

¹⁰ Bosisio, R., “Children’s Right to be Heard: What Children Think”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 20, 2012, pp. 141-154.

sino para el enriquecimiento y perfeccionamiento de la sociedad en su conjunto.

Para ello, el niño debe estar en el centro, dejando de lado posiciones adultocéntricas, paternalistas y protectoras que llevan a tomar decisiones por el niño, pero sin el niño.

En esencia, es preciso que los adultos y las adultas cambien la perspectiva desde la que contemplan a niñas, niños y adolescentes, para que su interés sea una consideración primordial, y así generar un cambio cultural que permita mirar y descubrir a las niñas y los niños como iguales, escucharlos, iniciar y mantener el diálogo y la comunicación imprescindible para respetar su libertad y su dignidad.

Campoy (2017) apunta a la necesidad de pasar del “proteccionismo renovado” a un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños (con o sin discapacidad) acorde con el actual modelo de los derechos humanos, y parte de que es la estructura social la generadora de las desigualdades que afectan a la infancia y la adolescencia y que limitan el ejercicio de los derechos de los niños y niñas. Apunta a una serie de soluciones tomadas de la forma de proteger los derechos de las personas con discapacidad, eliminando barreras y aportando ayudas, como apoyos para facilitar la capacidad de expresión, el diseño universal, formatos de lectura fácil, entre otros ¹¹.

1.2.3. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchado en los procesos judiciales

Cuando el art. 3.1 CDN recoge el interés superior del niño, cita expresamente a las autoridades administrativas y a los tribunales. También el artículo 12.2 CDN hace referencia a procedimientos administrativos y judiciales. El Comité añade que el término tribunales abarca tanto los procesos judiciales como los de mediación y arbitraje, e indica que “el niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños”. Recalca que este derecho se puede ejercitar directamente por el niño o por medio de representante, y que “los tribunales

¹¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006. Art. 13. Acceso a la justicia. “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente” (OG14, p.19).

El Comité recuerda que para el niño no es una obligación expresar su opinión, su participación es voluntaria: “Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento”. Lo que es relevante a efectos de evitar la victimización secundaria y la sobreexposición a evaluaciones y entrevistas, especialmente en caso de haber sufrido algún tipo de violencia o abuso (OG12, p.16 y 134b).¹²

Por el contrario, los poderes públicos no pueden elegir y siempre deben garantizar este derecho. En este punto el Comité es tajante y recoge la obligación de los Estados de cumplir con esta garantía. Señala que el término “garantizarán” es un “término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados” y señala la “obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños” (OG12, p.19). Especialmente en relación con el sistema judicial, el Comité indica que se debe “garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente” (OG12, p.15).

Los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en todos los asuntos que les afecten. Y este concepto debe ser entendido en sentido amplio para su mayor inclusión en la sociedad, por ello el Comité añade: “los Estados Partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones” (OG12, p.27).

En el caso de procedimientos judiciales civiles, y, expresamente en supuestos de separación y divorcio, el Comité señala:

- Los niños (hijos/hijas) inequívocamente resultan afectados por las decisiones de los tribunales.
- Toda la legislación sobre separación y divorcio, y sobre mediación, debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

¹² La Sentencia 495/2019 del Tribunal Supremo (Sala penal), de 17 octubre de 2019 (Roj: STS 3204/2019) señala que la victimización secundaria comprende todos los efectos negativos adicionales que puede sufrir el menor durante su paso por el Sistema de Justicia.

- La capacidad de expresión de sus opiniones debe determinarse caso por caso de manera individualizada, sin que deba fijarse una edad. (OG12, p. 51 y 52).

Para el caso de que sean víctimas o testigos de un delito, se contempla expresamente el derecho a ser informado de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales (OG12, p.64). Y si han sido víctimas de abusos o negligencia en el hogar, siempre se debe tomar en cuenta su opinión, por cuanto estos procesos inciden esencialmente en el derecho del niño y la niña a vivir en familia (OG12, p.53).

Frente a las visiones paternalistas, partidarias de no hacer al niño partícipe para no producirle daño, Cardona (2020) entiende que “para proteger de verdad a un niño, no hay que limitar su derecho a ser escuchado, sino oírle de modo adecuado para no producirle ese daño”. En definitiva, garantizar sus derechos es la forma de protegerles en el sentido exigido en el art. 39 CE. Así lo recoge nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia 64/2019 de 9 de mayo, al indicar que el derecho de los niños a ser “oído y escuchado” es “norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”, y goza de amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por su protección, que constituyen “una referencia obligada para los poderes públicos internos, de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE”. Al tiempo, recuerda que son cuatro los principios generales a considerar para la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, que no hay jerarquía de derechos en la Convención, y que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño, que es un concepto “dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto” y “responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención”.

1.2.4. Cómo escuchar a los niños, niñas y adolescentes

Para el Comité de los Derechos del Niño, los adultos pueden obstaculizar la escucha de niños, niñas y adolescentes, y por el contrario pueden actuar como altavoces de sus pensamientos, ideas y opiniones, generando valor y reconociendo su importancia.

Un primer paso para promover la escucha activa sería eliminar “la disparidad de poder y de estatus entre adultos y niños”, considerando que la escucha debe inspirarse en la idea

de “simetría ética”¹³ que nos llevaría a pasar del “poder sobre” los demás hacia el “poder con los otros” (Argos, Ezquerria y Castro, 2011).

El enfoque pedagógico y la investigación en el ámbito educativo aporta claves esenciales para la mejora de la escucha “con todos los sentidos y no solo con los oídos”¹⁴ y para avanzar en la participación de niños y niñas, lo que redundaría en sus competencias, autonomía, creatividad y sentido crítico, y por tanto en una sociedad más democrática (Castro, Ezquerria y Argos, 2016).

En su estudio, Castro, Ezquerria y Argos (2016) destacan el marco estudiado por Lancaster (2006), en su proyecto «Escuchando a los más pequeños» que fundamenta en una serie de principios, como son: el reconocimiento de las diversas formas de expresión de los niños, la asignación de espacios para la comunicación, la garantía de tiempo suficiente para la escucha, la provisión de oportunidades para la escucha y la adopción de una práctica reflexiva. Destacan igualmente la importancia de valores esenciales como son el *respeto* a su derecho a decidir si quieren o no participar y en qué momento; la *igualdad de oportunidades*, de forma que no se haga distinción de edad, sexo o capacidades; la *honestidad*, que implica informar al niño sobre el objetivo de su participación; la *colaboración* de todos los intervinientes para promover la participación; y la *creatividad*, que permite a los adultos emplear técnicas diversas para atender la diversidad de lenguajes en que los niños se expresan. Así lo recoge el Comité, cuando indica que “es necesario que los adultos hagan gala de paciencia y creatividad adaptando sus expectativas a los intereses del niño pequeño, a sus niveles de comprensión y a sus formas de comunicación preferidas” (OG7, p.14).

En el caso de las niñas y niños más pequeños, el Defensor del Pueblo¹⁵ ha señalado la importancia de formas no verbales de comunicación como la pintura y el dibujo, el juego, o la expresión corporal y facial¹⁶, reconocidas expresamente por el Comité (OG 2, p.21).

¹³ Señalan los autores que este concepto de “simetría ética” fue propuesto por Christensen & Prout (2002). CHRISTENSEN, Pia & PROUT, Alan (2002). “Working with Ethical Symmetry in Social Research with Children”. *Childhood*, vol. 9, no 4, 477-497.

¹⁴ Cita de Rinaldi, C. (2001). A pedagogy of listening: a perspective of listening from Reggio Emilia. *Children in Europe*, 1, 2-5, contenida en el estudio Castro, A., Ezquerria, P. y Argos J. (2016).

¹⁵ Defensor del Pueblo, Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, Madrid, Ed. MIC, mayo 2014, p. 15.

¹⁶ También ha señalado la relevancia del “lenguaje gestual” el Tribunal Supremo (sala penal) en sus sentencias nº 119/2019 de 6 de marzo y nº 495/2019 de 17 de octubre.

Especialmente debe facilitarse la posibilidad de expresarse a los niños y niñas con discapacidades, los pertenecientes a minorías, niños migrantes, niños indígenas y niños que no hablen el idioma más utilizado en el país (OG12, p.21).

Desde la perspectiva pediátrica también se han realizado aportes de gran interés, como es el caso de la pediatría de la adolescencia, que señala que la comunicación entre profesionales médicos y adolescentes dependerá del cumplimiento de una serie de reglas (como los axiomas de Watzlawick¹⁷), y de la utilización de técnicas y estrategias de comunicación eficaz, como la escucha activa, ordenada y empática, sin interrupciones, sin subestimar los sentimientos, sin calificativos ni generalizaciones y sin juicios previos (Rodríguez Molinero, 2013).

El Comité aporta instrumentos, encaminados a que la niña, niño o adolescente se sienta libre, respetado y seguro. Para el Comité debe realizarse una evaluación individualizada, caso por caso (OG12, p.29), por personal cualificado y formado, en un entorno adecuado y adaptado, debiendo ponerse los medios y el tiempo necesario (OG12, p.134 e). Señala que “no se puede escuchar a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”, debiendo prestarse especial atención al diseño de las salas, en las que se procurará que haya protección visual y salas de espera separadas. Además, debe prestarse atención a la vestimenta de los profesionales (OG12, p.34).

El Comité exige precaución ante las consecuencias negativas que pueden derivarse tanto de una práctica que no respete los requisitos exigidos, como de un exceso en el número de las entrevistas realizadas, especialmente cuando ha podido haber algún tipo de violencia o abusos. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) señala algunas condiciones que deben cumplir las entrevistas a los niños: escucha sin demora injustificada tras la denuncia, lugares adaptados, profesionales formados y a poder ser siempre los mismos, entrevistas limitadas a lo estrictamente necesario, acompañado de

¹⁷ Citando la obra Watzlawick P. (Teoría de la Comunicación Humana. Herder; 1981), lo recoge Rodríguez Molinero, L, en su artículo titulado “Entrevista clínica al adolescente”, *Revista digital Pediatría Integral*, accesible en <https://www.pediatriaintegral.es/numeros-antiores/publicacion-2013-03/entrevista-clinica-al-adolescente/>. Estos axiomas son la imposibilidad de no comunicarse; el hecho de que toda comunicación tiene un nivel de contenido y un nivel de relación; la naturaleza de una relación depende de la gradación que los participantes hagan de las secuencias comunicacionales entre ellos; la comunicación humana implica dos modalidades: “lo que las palabras dicen” y el “lenguaje no verbal”; por último, se indica que los intercambios comunicacionales pueden ser simétricos o complementarios.

representante legal o adulto a su elección (art. 35).

También resalta el Comité la importancia de preparar a los niños, niñas y adolescentes para el ejercicio de este derecho, mediante la transparencia y la aportación de asesoramiento e *información accesible, apropiada y completa* para la toma de decisiones (OG12, p.16 y 134 a). Otras medidas ineludibles para la garantía de su derecho son el *contexto*, que debe inspirar confianza y garantizar la confidencialidad, y la *evaluación de la capacidad*, que no se realiza para devaluar la opinión del niño o niña, sino precisamente para ponerla en contexto y valorarla como merece en función de su capacidad, de manera que debe otorgársele un papel destacado.

Nuestro Tribunal Constitucional ¹⁸ ha reconocido la importancia de preservar la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en las exploraciones judiciales. E igualmente recuerda que, de acuerdo con la norma interna (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996), en “las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración”, lo que está en línea con la especial importancia que el Comité otorga al feedback o información de retorno que necesariamente han de aportar quienes adopten las decisiones.

El Comité CDN indica que, en caso de que no se tome en cuenta la opinión expresada por el niño, habrá que motivar por qué no, y lo expresa así: “La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia” (OG12, p.45). Este retorno es fundamental para garantizar la reciprocidad o simetría que debe darse en cualquier conversación o diálogo en el que se otorga valor a todas y todos los intervinientes.

¹⁸ Sentencia 64/2019 de 9 de mayo del Tribunal Constitucional: “es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1 párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente”.

1.2.5. Cómo tener debidamente en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes

Así como Cardona señala que no se protege al niño limitándole su derecho a ser escuchado, Campoy (2017) parte de que es primordial garantizar la libertad del niño, como “la de cualquier persona”, y destaca que solo hay libertad de la persona si es capaz de participar de manera efectiva en la toma de decisiones que le afectan. Este es el fundamento mismo del derecho de participación y, en definitiva, de que se escuche al niño en los procesos judiciales que le afecten.

Por ello, para garantizar su libertad, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, es imprescindible contar con el propio niño, para que exprese su voluntad. Y en caso de que la decisión que se tome sea contraria a la voluntad manifestada por la persona, como señala Campoy (2004), debe quedar claramente justificado que lo expresado no se corresponde con su “auténtica” voluntad.

En definitiva, lo que siempre se ha de respetar es precisamente su “auténtica” voluntad. No se trata de hacer una interpretación de lo expresado por el niño, niña o adolescente, sino de tomar en cuenta lo que haya expresado. Campoy lo recoge así: “Creo, en este sentido, que siempre hemos de respetar la voluntad manifestada por el individuo -más allá de los supuestos en que con ello se perjudique ilegítimamente a terceros-, salvo en aquellos supuestos en que, por falta de razón, información o experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, el individuo no sea realmente consciente de las consecuencias que van a derivar de la acción que expresamente manifiesta realizar y que, además, esas consecuencias sean claramente perjudiciales para el individuo, en este sentido, cuanto menos le afecten al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida menos justificada estará la acción paternalista en contra de su voluntad expresamente manifestada”.¹⁹

¹⁹ Se apoya en su argumentación en un ejemplo de medida paternalista justificada que expone John Stuart Mill en *Sobre la Libertad*. “Nos invita Mill a que imaginemos un sujeto que quiere cruzar un puente que hay para salvar un abismo, sin saber que el puente está declarado inseguro y que, por consiguiente, morirá en la caída, apuntando, al respecto, la clara obligación que tenemos, en caso de poder, de impedirle cruzar el puente, a pesar de que el hombre haya manifestado su voluntad en este sentido al empezar a cruzarlo. En una somera aproximación al ejemplo parece que estamos actuando contra la voluntad de la persona, pero es fácil de entender que, en realidad, lo que estamos haciendo es precisamente respetando su voluntad. Actuamos contra su voluntad expresamente manifestada: empezar a cruzar el puente, porque queremos respetar su «auténtica» voluntad: presuponemos que prefiere vivir que intentar cruzar el puente, pues su voluntad no es caer en el abismo, como de hecho ocurriría si empezase a cruzar el puente. (pág.148)

Campoy (2017) resalta que cualquier medida o decisión debe partir del análisis de la “auténtica” voluntad de la persona, de la niña, niño o adolescente, y, frente a los “temores” de quienes desde una visión paternalista abanderan “el interés superior del niño” y no garantizan el principio de participación y su derecho a ser escuchado, aporta algunas claves: debemos conocer cuál es la voluntad expresamente manifestada por el niño, se debe considerar cuál sería la actuación si se tratara de la “decisión de cualquier persona” y debemos reflexionar y deducir qué decisión tomaría el niño de tener suficiente “madurez”.

El concepto de madurez es definido por el Comité como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” (OG12 par.30), y considerando sus condiciones personales y particulares. Recuerda Campoy que la edad o discapacidad del niño/a no son criterios generales que limitan la capacidad de obrar, sin “aportar sólidas razones” y destaca el párrafo 54 de la OG14: “El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior”.

En relación con los niños pequeños, también la OG 7, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, indica que son “portadores de todos los derechos” consagrados en la Convención, y señala como objetivo: “Alentar el reconocimiento de los niños pequeños como agentes sociales desde el inicio de su existencia, dotados de intereses, capacidades y vulnerabilidades particulares, así como de sus necesidades de protección, orientación y apoyo en el ejercicio de sus derechos”.

En palabras del Comité, la edad “no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño”. Y ello porque, de acuerdo con los estudios e investigaciones²⁰, tanto la capacidad del niño para formarse una opinión como su nivel de comprensión no están

²⁰ Son numerosas las investigaciones que analizan cómo diversos factores incluyen en la aptitud y madurez de los niños. Beard (1971) recalca cómo Piaget valora la aptitud de cada niño para organizar sus actividades en función de “las oportunidades que se le ofrecen en su ambiente”. Indica cómo, según distintos estudios, influye en la capacidad del niño el hecho de estar aislado o por el contrario estar rodeado de adultos o de otros niños, tener o no un ambiente estimulante, haber sido criado en familia o en instituciones, e incluso el orden en el nacimiento, si se ha sido el primogénito o el número de hermanos que el niño tenga (p. 44-46).

ligados a la edad biológica, sino que dependen del propio niño, su experiencia, su ambiente, su entorno, el apoyo con el que cuente, de sus expectativas culturales y sociales.

El Comité indica que también los niños pequeños son participantes activos, porque son “extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad”. Por tanto, la excusa de que los niños son pequeños no es acorde con su derecho a que sus opiniones sean tomadas en consideración, dado que pueden expresar “sentimientos, ideas y deseos de múltiples formas”, tienen preferencias y son capaces de elegir, incluso antes de hablar (OG7, p.14).

En cuanto a los adolescentes y las adolescentes, también el Comité recuerda que los Estados deben asegurar que su opinión se tenga en cuenta debidamente (OG20, p.8).

De acuerdo con lo anterior, es imprescindible que la valoración de la “auténtica voluntad” (interés superior de la persona según la propia persona y considerados el conjunto de sus derechos) de niños, niñas y adolescentes, se realice por profesionales con formación especializada, siendo preferible la que se lleve a cabo por equipos multidisciplinares que aporten diferentes perspectivas. Así lo recalca el Comité, que añade que las características y necesidades de niños, niñas y adolescentes solo pueden ser evaluadas de forma individualizada y siempre por profesionales especializados y capacitados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. (OG14, p. 94)

1.2.6. Sobre la veracidad del testimonio de las niñas, niños y adolescentes

Desde la Sociología de la Infancia, Gaitán ²¹ apunta a que hay un orden jerárquico generacional, que choca con la percepción de que los niños son “sujetos capaces de formarse criterios y juicios morales sobre el bien y el mal y sobre lo que es conveniente y lo que no”, que constituye el origen de que niñas y niños no sean creídos.

Maravall (2018) señala cómo, a lo largo de la historia, los niños han pasado por los

²¹ Documento de Conclusiones de la Jornada sobre “análisis multidisciplinar del denominado síndrome de alienación parental” celebrada en Madrid el 7 de febrero de 2020. AMJE. Lefebvre, 2020. Disponible en: <https://www.efl.es/catalogo/ebooks-gratuitos/sindrome-de-alienacion-parental>

tribunales para declarar, en calidad de acusados, sospechosos, testigos y víctimas, si bien, siempre se han establecido limitaciones. Citando a Collins ²² señala que “el derecho canónico rechazó el testimonio de todos los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce años, de los ciegos y los sordos y mudos, de los esclavos, personas infames, y los condenados por el crimen, de personas excomulgadas, de las personas pobres y de las mujeres en los casos penales”. Destaca que el valor que se ha dado a sus testimonios ha ido variando en el tiempo, y, con referencia a Goodman²³, apunta a los estereotipos de la niñez que nutren desde hace tiempo nuestra cultura, la cual refleja una “imagen ambivalente de los niños; se les ve inocentes y veraces, pero al mismo tiempo manipulables o incluso retorcidos”. A partir del siglo XVIII, Bentham²⁴, y Wigmore más tarde, reivindicaron el testimonio de los niños, señalando que hasta el de los más pequeños tenía valor, y destacando su tendencia a decir directamente lo que pasa por su mente, de forma que era lógico atender a su testimonio (p. 55). Menciona el caso *Rex v Braiser* (Reino Unido, 1779), de abuso sexual a una niña de cinco años, siendo la única prueba de cargo su testimonio, al que se dio validez por entender los jueces que no debía fijarse una edad para excluir su testimonio.

De acuerdo con Andrés²⁵, pueden citarse estudios recientes que han surgido por el aumento de denuncias de maltrato y abuso sexual, ante la necesidad de recabar pruebas de estos delitos que ocurren al margen de lo público y donde mayoritariamente solo se cuenta con el testimonio de la víctima. Estos estudios, como indican Giménez y otras (2020), ofrecen evidencias de la credibilidad de los testimonios de los niños, niñas y adolescentes, incluso más alta que la credibilidad del adulto (Goodman y Quas, 1997, Goodman et al, 1989; Luus y Wells, 1992, Masip, Garrido y Herrero, 2004b). Citan a López (1994) quien indica que “siempre debe creerse al niño o niñas que dice haber sido objeto de conductas de abuso sexual.”²⁶

²² Collins, G.B. and Bond, Jr., E.C. “Youth as a Bar to Testimonial Comtence”. *Arkansas Law Review*, 195, vol. 8, p 100.

²³ Goodman, G.S. “Children’s Testimony in Historical Perspective”. *Journal of Social Issues*, 1984, vol. 40,no.2, pp. 9-31

²⁴ Bentham, J. *Rationale of Judicial Evidence: Speciallu Apllied to Englis Practice*. Hunt and Clarke, 1827.

²⁵ Documento de Conclusiones de la Jornada sobre “análisis multidisciplinar del denominado síndrome de alienación parental” celebrada en Madrid el 7 de febrero de 2020. AMJE. Lefebvre, 2020.

²⁶ Goodman, G.S. y Quas, J.A. (1997), “Trauma and memory: Individual differences in children’s recounting of a stressful experieence”, en N.L. Stein, F.A. Ornstein, B. Twersky y C. Brainerd (eds.). *Memory for everyday and emotional events*, Nueva York: LEA; Goodman, G.S., Bottoms, B.L., Herscovici, B.B. y Shaver P. (1989), “Determinants of the child victim’s perceived credibility”, en S. J. Ceci, D. F. Ros

Padilla (2017) realizó un estudio con 300 niños y niñas de entre 6 y 12 años (que fueron testigos, no de un conflicto judicial ni violencia física, sino de una agresión verbal teatralizada para el experiment) bajo la hipótesis de que niñas y niños tienden a decir la verdad. La respuesta que obtuvo fue positiva, en el sentido de que sacó la conclusión clara de que los niños decían la verdad, siendo raro que mintieran sobre lo que habían visto, y no viéndose influidos por la presión que se ejercía sobre ellos para decir la verdad o no. De hecho, de su estudio concluía que era difícil manipular a los niños, en el sentido de que a mayor presión ejercida se observaba mayor tendencia a decir la verdad.

Maravall (2018, p.314), aunque en referencia al ámbito penal, apunta a la necesaria especialización en infancia de los profesionales que intervienen en el proceso de escucha de los niños, niñas y adolescentes. Y vincula la fiabilidad del testimonio de los niños a la forma en que son interrogados y a la formación de los profesionales.

1.2.7. La necesidad de mejorar la aplicación del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en la justicia española

La *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*²⁷, de junio de 2020, del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), que incluye el análisis de un total de 612 sentencias dictadas en 2018 por algunas Audiencias Provinciales, destaca que “la parquedad en la motivación de un número importante de las sentencias estudiadas hace que en muchos de los casos no se puedan conocer elementos esenciales de juicio como el número o las edades de los/as hijos/as, las circunstancias concretas de los padres (circunstancias laborales, de alojamiento, económicas, etc...), si se ha escuchado o no a los/as hijos/as por parte del órgano judicial o del equipo psicosocial, o cuáles son las razones vinculadas al caso concreto y las circunstancias específicas de la familia que llevan al establecimiento de un determinado régimen de

Luus, E. y Wells, G.L. (1992), The perceived credibility of child eyewitnesses. En H. Dent y R. Flin (eds.) *Children as Witnessess*. Chichester: Wiley; López, F. (1992). *Abusos sexuales a menores. Lo que recuerdan de mayores*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales; Masip, J., Garrido, E. y Herrero, C. (2004b). Facial appearance and impressions of credibility: The effects of facial babysheness and age on person perception. *Internacional Journal of Psychology*, 39

Luus, E. y Wells, G.L. (1992). The perceived credibility of child eyewitnesses. En H. Dent y R. Flin (eds.) *Children as Witnessess*. Chichester: Wiley.

López, F. (1992). *Abusos sexuales a menores. Lo que recuerdan de mayores*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.

Masip, J., Garrido, E. y Herrero, C. (2004b). Facial appearance and impressions of credibility: The effects of facial babysheness and age on person perception. *Internacional Journal of Psychology*, 39

²⁷ Disponible en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>

custodia” (p. 110). Asimismo, indica que “Llama también la atención que en un número muy elevado de casos no consta ni que se haya escuchado directamente a los/as hijos/as, ni que se haya practicado audiencia de los mismos por parte de los peritos psicólogos y/o sociales, de suerte que, al menos en apariencia, la decisión sobre la custodia se adopta sin tener conocimiento de (y sin tener en cuenta en absoluto) la opinión de los menores, a pesar de que la gran mayoría de los/as hijos/as involucrados en los casos analizados se encuentren entre los 7 y los 18 años de edad” (p.112).

La sentencia de 11 de octubre de 2016 (Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias C. España) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), obligó a España a indemnizar a la madre de dos niñas, al considerar que se vulneró el derecho recogido en el art. 6 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), por incumplimiento de la obligación de escuchar a las niñas durante el proceso de divorcio.

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (en adelante Comité CEDAW), emitió Dictamen de 16 de julio de 2014, con origen en la comunicación presentada por Ángela González Carreño, madre de una niña a quien no se respetó su derecho a ser escuchada ²⁸ y que fue asesinada por su padre, habiendo interpuesto cerca de 50 denuncias. En dicho dictamen se instó al Estado español a “tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia” (p.11.i). Señaló el Comité CEDAW que “con base en estereotipos, el derecho de visita fue contemplado meramente como un derecho del padre y no como un derecho igualmente de la menor” (p. 3.9), y que “la evaluación por parte de las autoridades del riesgo para la autora y su hija aparece empañada por el prejuicio y

²⁸ Resulta destacado en el dictamen del Comité CEDAW que “el Estado español no ofreció ningún comentario sobre la falta de una adecuada evaluación del interés superior de la menor o de la violación de su derecho a ser escuchada en procedimientos judiciales. En numerosas ocasiones Andrea demostró tener miedo de su padre debido al clima de violencia al que había sido sometida y, de manera consistente, rechazó el contacto físico y emocional con él. Esto requería que las autoridades y tribunales evaluaran si las visitas con su padre respetaban su derecho a la vida y a vivir libre de violencia, además del principio de hacer prevalecer sus intereses” (7.7).

estereotipo que lleva a cuestionar la credibilidad de las mujeres víctimas de violencia doméstica” (p. 3.10).²⁹

Por otro lado, el Comité CDN, en sus Observaciones generales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de febrero de 2018, señala la necesidad de incrementar los esfuerzos para la sensibilización y fomento del respeto debido a las opiniones de los niños, niñas y adolescentes. Recalca que sus opiniones se deben respetar cualquiera que sea su edad, en cualquier ámbito (familia, colegios, sociedad en general). En particular, en los procedimientos judiciales y administrativos, recomienda:

- La aplicación “efectiva y sistemática” del derecho a expresar sus opiniones en todos los procedimientos judiciales y administrativos.
- La formación de los profesionales, incluidos jueces de familia y fiscales, con vistas a que puedan realizar una correcta integración, evaluación e interpretación del derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial (p.16 a), y su adecuada aplicación en todo procedimiento, así como la correcta aplicación del derecho del niño a ser escuchado. Recalca el Comité que se trata de un derecho de los niños, no un deber (p. 17 b).
- La armonización de la legislación española, nacional y regional, al derecho consignado en el art. 12 de la CDN, especialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La garantía de canales de denuncia accesibles, confidenciales y aptos para los casos en que los niños sufran explotación sexual y maltrato, incluyendo el incesto.
- La mejora de los protocolos y coordinación entre profesionales en casos de denuncia de maltrato.
- La investigación proactiva en casos de explotación sexual y maltrato.
- La adopción de medidas de protección y agilización de los procedimientos en caso de niños y niñas víctimas, especialmente en casos de abuso sexual.

²⁹ Este dictamen dio lugar a la Sentencia nº 1263/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de fecha 17 de julio, que reconoce la consideración del Dictamen del Comité CEDAW como presupuesto habilitante y válido para reclamar responsabilidad patrimonial al Estado y obtener la reparación, obligando a indemnizar a la recurrente, señalando que “el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos”, e indica que “la conculcación de sus derechos humanos, también puede constituir, por lo dicho, una lesión de sus derechos fundamentales que debe ser examinada y en su caso reparada por los Jueces y Tribunales españoles”.

Asimismo, recomienda el Comité CDN la participación de los niños y niñas en los procesos legislativos y administrativos sobre asuntos que les afectan, y señala la importancia de contar con investigaciones que identifiquen cuáles son los asuntos que más preocupan a los niños y niñas, y en concreto aquellas que analicen su nivel de participación en las decisiones familiares.

1.2.8. El derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en la familia y en caso de ruptura familiar

Tomando como referencia estas últimas recomendaciones del Comité CDN, en apoyo de la tesis mantenida en este trabajo acerca de la importancia del derecho de participación, conviene señalar que la participación de los niños, niñas y adolescentes es imprescindible en el camino hacia su crecimiento y emancipación, y resulta especialmente importante en el entorno familiar, que es considerado por la Convención como el contexto idóneo³⁰ donde debe crecer “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, dentro de un “ambiente de felicidad y comprensión”. El art. 5 CDN señala que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el “niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”, contando con ellos de forma paulatina para ir dando paso a una mayor autonomía (OG12, p.84 y 85). Los niños y niñas deben ser tomados en serio en la familia desde edades tempranas con objeto de promover su desarrollo y socialización³¹. El Comité señala la función preventiva que tiene la participación en la familia frente a toda forma de violencia en el hogar y en la familia, y que corresponde a los Estados promover esta participación, difundiendo y sensibilizando en el conocimiento y respeto de los derechos de los niños y niñas. Asimismo, señala la importancia de promover las relaciones de respeto mutuo entre padres e hijos (OG12, p.90 y ss), y destaca que, cuando el art. 12 exige que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, es clara al afirmar que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, y ello porque la capacidad de comprensión no equivale a su edad biológica, sino que dependerá de su información, de su entorno familiar o social, y del apoyo con el que cuenta, entre otros factores (OG12, p.29).

³⁰ El art. 16.3 DUDH señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

³¹ “El derecho a expresar opiniones y sentimientos debe estar firmemente asentado en la vida diaria del niño, en el hogar y en su comunidad” (OG7, p.14b).

En caso de separación o divorcio de sus progenitores, se produce un cambio en la vida de los niños, que va a afectar a su entorno cotidiano, familiar y social. La primera cuestión planteada es con quien van a vivir, cuál va a ser su domicilio, cómo se van a distribuir las visitas de los padres, cómo se va a contribuir con los gastos. La situación ideal es aquella en la que el cambio se produzca con el mayor respeto a las personas de la familia, atendiendo a sus circunstancias y especialmente al bienestar de los niños.

Uno de los derechos que puede resultar afectado en caso de ruptura es el derecho al contacto y relación con ambos padres, recogido en el art. 9.3 CDN³². Tanto si estos se ponen de acuerdo, como si acuden a la autoridad judicial o a un proceso de mediación, debe primar el interés superior del niño. Este derecho del art. 9.3 no es una obligación, por cuanto no debe imponerse una relación al niño si ello resulta contrario a su interés superior, como indica el propio artículo. El Comité recuerda la importancia de aplicar criterios flexibles del concepto de interés superior del niño para adaptarlos “a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil”. A la vez advierte sobre algunos abusos de este concepto, poniendo como ejemplo el de algunos padres que utilizan el interés superior del niño “para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia” (OG14, p.34).

Pues bien, esta consideración del interés superior del niño implica que deben quedar garantizados sus derechos, que serán interpretados conforme a los principios de proporcionalidad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, y no puede desligarse del derecho del niño a expresar sus deseos y a que estos sean tomados en consideración³³.

Cardona (2020) recalca que siguen vivas las ideas de que los niños no tienen la madurez suficiente para emitir una opinión, que mienten frecuentemente y que es preferible que no participen en las decisiones difíciles, como las rupturas familiares, “para que no sufran”, y se refiere a “la famosa *milonga* del síndrome de alienación parental, como mala excusa para no oír al niño por estar influenciado por uno de sus progenitores” (p. 234).

³² Art. 9.1 CDN “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

³³ Comité Derechos del Niño, OG 6, p.81, OG 8, p.42.

CAPÍTULO 2. El llamado *síndrome de alienación parental* a la luz del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados

2.1. El llamado síndrome de alienación parental

A continuación, se verá, en línea con la hipótesis planteada en este trabajo, y de acuerdo con Cardona (2020), que este denominado *síndrome de alienación parental* surge como consecuencia de la falta de respeto del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y considerados.

El *síndrome de alienación parental* (SAP) tiene su origen en EEUU, en los años ochenta, y consiste en un conjunto de ideas que, de modo simplificado, tratan de explicar qué ocurre cuando, tras la ruptura de la pareja, los niños expresan su negativa a relacionarse o convivir con uno de sus progenitores. La negativa del niño o la niña se justifica en una supuesta manipulación ejercida por el otro progenitor, sin mayor indagación acerca de las causas de este rechazo (Padilla, 2017).

El autor de este conjunto de axiomas fue el psiquiatra estadounidense Richard Gardner, bajo la teoría *The Parental Alienation Syndrome* (PAS), quien parte de casos en que hay un rechazo manifiesto del niño hacia alguno de sus progenitores, que se exterioriza con una serie de síntomas más o menos graves (ansiedad, rabia, rigidez, retraimiento, violencia...) que el autor define como obsesivos, y por medio de manifestaciones de desprecio, crítica y denigración hacia uno de los padres. El autor explica, con claro sesgo sexista, que generalmente es la madre quien aliena a sus hijos manipulándolos contra el padre, debido a los celos y rabia que siente hacia él por haber rehecho su vida sin ella, o bien porque quiere mantener su relación con el marido, aunque sea a través de disputas procesales. Es la madre, según Gardner, quien de forma deliberada “lava el cerebro”³⁴ a los niños y estos acaban generando un rechazo profundo y patológico contra el padre. En otros casos, señala, la madre urde una acusación de abuso sexual y consigue que el hijo o la hija secunde su plan para no perder su dependiente afecto. Gardner advierte: es importante que, ante alegaciones de abuso sexual, los profesionales de la salud pregunten si hay un proceso abierto de custodia, porque en tal caso puede haber una falsa acusación contra el padre. Los textos de este autor se acompañan de ejemplos estereotipados³⁵, que

³⁴ Gardner (1985).

³⁵ Gardner (1985) utiliza ejemplos de evidente tinte machista, por ejemplo, cuando señala como causa del divorcio el que el marido debe buscar el afecto de otra mujer. Los ejemplos que emplea se refieren a mujeres: una madre que insulta al padre (“adúltero”, “mujeriego”) y a su nueva pareja (“puta”, “rompe-

pueden tener una base real pero no necesariamente (Padilla, 2017, p.130).

Otros autores han abordado estas cuestiones con diferente terminología, como señalan Vilalta y Winberg (2017)³⁶.

La solución o tratamiento que proponen Gardner y quienes apoyan la existencia de este fenómeno, es la denominada “terapia de la amenaza”, que supone una “programación” del niño o niña, y “persigue corregir comportamientos, en este caso, los del menor y el progenitor con el que éste convive, para que independientemente de las causas generadoras del rechazo del menor a visitar al progenitor con el que no convive, el menor se relacione forzosamente con este último” (Padilla, 2017, p.12). Consiste en aumentar el tiempo de contacto de los niños con el progenitor con quien no quieren estar, aunque lo rechacen abiertamente y manifiesten sufrir por ello. Esto es considerado como beneficioso, según los defensores de esta teoría, al evitar el tiempo de contacto con el progenitor bajo cuya influencia se encuentran, y permite que los niños se acostumbren y la relación deteriorada mejore, a la vez que se reduce la manipulación sufrida.

El contexto donde se ha detectado la utilización de este llamado *síndrome* es la Administración de Justicia. Se *diagnostica* en el marco de los procesos donde se discute la guarda y custodia de hijos e hijas y se fijan los regímenes de visitas entre los padres. La solución que se propugna para *curar* este denominado *síndrome* consiste en la adopción de medidas que imponen el cambio en el régimen de custodia, para que las niñas y niños convivan con aquel de los progenitores con quien apenas se relacionan, por tanto, aplicando la citada “terapia de la amenaza”. La medida suele proponerse por los equipos psicosociales o por los peritos de parte y es adoptada por juzgados y tribunales, con el acuerdo, en muchos casos, del Ministerio Fiscal.

hogares”), madres que dicen a los hijos que su padre les ha abandonado, o que por culpa de su padre no tienen comida, ropa o casa y se pueden congelar o morir de hambre, o que utilizan intrigas como “te podría decir cosas sobre tu padre que te pondrían los pelos de punta”.

³⁶“(…) descripción del «progenitor programador» de Duncan (1978), o a lo que Wallerstein y Kelly (1980) llamaron «Síndrome de Medea», terminología que también adoptó Jacobs (1988). También se han propuesto otros términos que aluden parcialmente al mismo concepto, como: el «síndrome SAID» (Sexual Allegations In Divorce) de Blush y Ross (1987); el término «parentectomy» de Williams (1990); el «síndrome de la madre maliciosa» de Turkat (1995); la «alienación parental» de Darnall (1999); o la reformulación del «niño alienado» de Kelly y Johnston (2001)”

2.2. El llamado síndrome de alienación parental en los tribunales españoles

2.2.1. Contexto y dimensión

Como se ha indicado, el denominado *síndrome de alienación parental* surge en el contexto de judicialización de la ruptura familiar. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)³⁷, en 2019 hubo un total de 47.220 divorcios de parejas con hijos/as, correspondiendo la custodia a la madre en un 58%, un 4% al padre, y a ambos en un 37% (el 1% otros supuestos). Contrasta con la situación de 2010, donde el 83% correspondía a la madre, siendo la guarda compartida del 10%. Se explica este crecimiento de la custodia compartida porque en 2015 se introdujo una modificación en el Código Civil³⁸ para incluirla como opción, lo que se ha visto acompañado por normas autonómicas que la fijan como régimen general (para mayor detalle de la evolución pueden consultarse los **ANEXOS 1 y 2**).

El llamado *síndrome de alienación parental* llegó a España hace aproximadamente veinte años. El caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias C. España, al que nos hemos referido, que se remonta al año 2000 y dio lugar a la sentencia de 11 de octubre de 2016 del TEDH, por la que se condena a España por incumplir la obligación de escuchar a unas niñas durante el procedimiento de divorcio, ya contemplaba una supuesta manipulación de las niñas por parte de su madre.

Si acudimos a la base de datos de búsqueda de jurisprudencia CENDOJ (Centro de Documentación Judicial)³⁹ del CGPJ, el primer documento que incluye el término “*alienación parental*” es del año 2002. Se trata de un auto de la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁰ que resuelve un recurso de la madre de un niño de 8 años a quien en el año 2000 el Juzgado de 1ª Instancia nº19 de Madrid había obligado a iniciar contacto su padre, que no veía desde bebé, justificando la decisión “en atención al supremo derecho del menor al mantenimiento de relaciones alternativas con el padre”. Las visitas al padre comenzaron en un centro público de atención a la infancia con presencia de la madre,

³⁷ Datos disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE/>

³⁸ Artículo 92.5 del Código Civil, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

³⁹ En CENDOJ están disponibles las resoluciones de las Audiencias provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. No se tiene acceso a las sentencias y autos de los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción, salvo excepciones.

⁴⁰ Auto de fecha 31/01/2002, recurso 203/2001 (Roj: AAP M 224/2002 - ECLI: ES:APM:2002:224)

pero como el niño manifestaba inquietud, se convino que esto se debía a que el niño padecía “*síndrome de alienación parental*”, motivo por el que se entendió que las visitas debían ser progresivas y al uso, esto es, sin la madre ⁴¹. La madre recurrió esta decisión porque desde el primer momento el niño empezó a presentar síntomas de depresión, “crisis de agitación psicomotoras intensas con una conducta de inquietud, hiperactividad, descontrol, impulso, etc...”, según informe del psiquiatra, quien aconsejaba demorar los contactos, mantener un ambiente familiar tranquilo y retrasar el contacto con el padre, por el riesgo incluso de ingreso hospitalario. En este caso, la Audiencia estimó el recurso, acordando suspender la medida acordada en primera instancia e interrumpir “de inmediato los contactos entre padre e hijo”.

La base de datos CENDOJ, bajo el parámetro “*síndrome de alienación parental*”, ofrece 627 resultados (867 si omitimos la palabra *síndrome*), que corresponden a documentos judiciales desde 2002 a 2020 ⁴². Ello no quiere decir que se haya utilizado la teoría propugnada por Gardner, sino que el llamado *síndrome* ha sido alegado en el proceso. Tampoco quiere decir que únicamente existan estos documentos, dado que CENDOJ no registra todas las resoluciones judiciales, sino principalmente las de apelación o segunda instancia dictadas por las Audiencias provinciales, lo que implica que faltarían prácticamente todas las de primera instancia. En 2002 solo aparece el auto mencionado de la Audiencia de Madrid, en 2003 otro auto de la Audiencia Provincial en Oviedo. A partir de ahí, el número de documentos comienza a crecer, hasta alcanzar, en los últimos diez años, una media de 40 resoluciones por año. Se observa un pico de resoluciones que se refieren a este llamado *síndrome* en 2007, 2008 y 2009 (51, 53 y 50, respectivamente), y otro en 2017 y 2018, años en los que se alcanza el máximo con 55 y 56 resoluciones (para un mayor detalle se pueden consultar los **ANEXOS 3 a 8**).

Por otro lado, la consideración de que el rechazo a un progenitor se deba a la manipulación, no siempre se recoge en las resoluciones bajo la denominación de *síndrome de alienación parental*, sino que en muchos casos se trata como “interferencias

⁴¹ El Juzgado hace efectiva así la *terapia de la amenaza*, siguiendo los postulados de Gardner, quien señalaba además que las manifestaciones de rechazo al padre *alienado* eran mayores si la madre alienadora estaba presente (Gardner, 1985).

⁴² Acceso a base de datos CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es>, última consulta 8 octubre 2020.

parentales” u otras denominaciones similares. Un ejemplo sería el de la sentencia 585/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona.⁴³

2.2.2. El derecho a ser escuchado en algunas resoluciones en las que ha habido alegación de *síndrome de alienación parental*

Del examen de un buen número de estos pronunciamientos, entre ellos los que son citados en la bibliografía examinada y las sentencias de los años 2019 y 2020, que incluyen la referencia al llamado *síndrome de alienación parental* y que alegan tanto los representantes de los padres como de las madres (**ANEXO 9**), se concluye, con lo señalado también por el CGPJ, que apenas se ofrecen detalles sobre el proceso de escucha, y son pocos los casos en que son oídos directamente ante el/la titular del juzgado. Algunas resoluciones, aunque mencionan el llamado *síndrome*, no se pronuncian sobre el mismo. En otros casos, no hay un pronunciamiento sobre su validez, pero se estudian las posibles “interferencias parentales” y/o “contaminación de sentimientos” de los niños⁴⁴.

Se encuentran pronunciamientos que niegan validez al denominado *síndrome* y recuerdan que el art. 12 CDN no solo recoge el derecho del niño a expresar su opinión, sino que proclama su derecho a que esta sea tomada en cuenta, y que no debe actuarse bajo la consideración de que son manipulados, o de que todo deseo expresado por el niño sea un capricho que no deba ser atendido. Se han recogido algunos ejemplos en el **ANEXO 10**.

También encontramos sentencias que aplican este llamado *síndrome* y la denominada *terapia de la amenaza*, adoptando el cambio de custodia y obviando el derecho del niño a que sus opiniones sean tomadas en cuenta, por estimar que están bajo la influencia de

⁴³ Sentencia 585/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de septiembre. Acuerda la guarda paterna. Y aplica la denominada “terapia de la amenaza”: “separar a la hija del entorno materno porque éste daña de forma grave su estabilidad emocional y la aparta de su padre sin motivo alguno acreditado”. La resolución señala que, según los informes médicos, la niña de 12 años no sufre ninguna patología, pero sí se aprecia “sufrimiento emocional que provocan las interferencias parentales llevadas a cabo exclusivamente y de forma reiterada por la madre”. La niña según los informes manifestó que el padre era violento y que la trataba mal. El Tribunal no considera conveniente escucharla por los siguientes motivos: “no estamos ante una menor madura que pueda expresar una decisión propia dada su fragilidad emocional y las graves interferencias maternas que sufre por lo que su deseo expresado no va a ser coincidente con su interés y, su voluntad, en este caso, no puede ser determinante”. Fundamenta el interés superior de la niña por remisión a una sentencia de enero de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña referida a la “conveniencia de que no se rompan los vínculos familiares”, que menciona asimismo la Recomendación (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad.

⁴⁴ Por ejemplo, sentencia 261/2019 de la Audiencia Provincial de Elche de 8 de mayo de 2019. No aprecia interferencias del padre que justifiquen el rechazo a la madre, y considera adecuada una terapia.

la madre. En el **ANEXO 11** se recogen algunos ejemplos del contenido de resoluciones recientes.

No se han encontrado estudios en España que ofrezcan la perspectiva de niños y niñas afectados por resoluciones en las que se haya aplicado esta llamada teoría y sus consecuencias, lo que permitiría aportar su visión acerca de la aplicación del derecho a ser escuchados en la adopción de estas decisiones. Pero, interesa en este punto recoger el testimonio de Patricia Fernández ⁴⁵, quien, con 17 años de edad, publicó el libro *Ya no tengo miedo*, donde cuenta su historia como afectada por la aplicación del denominado *síndrome de alienación parental*. Ella relata como, junto con su hermano pequeño (David), fue separada de su madre y obligada a vivir con Fernando (ella no lo llama padre, sino por su nombre, porque para ella solo es su progenitor biológico), condenado por violencia de género, después de pasar mucho tiempo acudiendo a un punto de encuentro. Conviene traer aquí su punto de vista, su vivencia de las primeras visitas al punto de encuentro, antes de encontrarse con su progenitor:

“(...) Semana tras semana la situación del punto de encuentro se repetía. David (su hermano) y yo sentados en la parte trasera del vehículo, suplicando a mamá y al abuelo que no nos hicieran bajar, aunque ciertamente nunca más volví a intentar saltar del coche en marcha. Ni siquiera me quitaba el cinturón cuando llegábamos allí, era ese trozo de tela el que paradójicamente me mantenía unida al coche y eso me hacía sentir protección (...)”.

Relata su paso por psicólogos y especialmente recuerda el peritaje judicial:

“(...) La primera pregunta fue el motivo por el cual yo no quería ver a Fernando (su progenitor). Le contesté que había visto como Fernando pegaba a mamá y que él nos había pegado tanto a David como a mí. Entonces, hizo un gesto un tanto desconcertante, dando a entender que yo mentaba con mi respuesta. Después me preguntó todo tipo de cuestiones sobre mamá, dónde trabajaba, qué hacía. Aquella persona no parecía tenerle especial agrado a mamá, y es que sería ella una de las que después nos causaría tanto dolor”.

Después de ese peritaje, continuaron yendo al punto de encuentro:

“(...) Aquellos trabajadores sociales me daban a entender que, al no subir hasta arriba, donde supuestamente estaba Fernando, yo me estaba portando terriblemente mal.(...) solían decir: “Vamos a ver a papá”, y aquellas palabras rechinaban en mi cabeza y se agolpaban, tratando de responderles con algo

⁴⁵ Patricia fundó la Asociación Avanza sin miedo, con el objetivo de empoderar, visibilizar y legitimizar la infancia. Como señala en el libro, para ella significa “un grito dirigido a la sociedad, a todos aquellos jueces y abogados, a todas las personas. (...) si no gritas no te escuchan”. En una entrevista a El País señala lo siguiente: “Eché de menos que me hubieran protegido, eché de menos que me hubieran escuchado, eché de menos que me hubieran creído”. Y en su análisis de la respuesta recibida de la sociedad opina que entonces y ahora es muy precaria: “En 2005 a lo mejor éramos más conscientes de que estábamos atrasados, y yo creo que ahora seguimos estando atrasados, pero se maquilla un poco más”. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/02/08/actualidad/1518108735_910781.html

capaz de reflejar la indignación y frustración que eran capaces de provocar en mí. Pero, en cambio, el miedo que sentía hacia ellos era mucho mayor que cualquier otro sentimiento y me frenaba a hablar.”

Relata como sentía que nadie la creía, ni la consideraba como persona:

“Ningún psicólogo creía muchas veces lo que le contaba; salvo mi madre, que me escuchaba, el resto del mundo parecía estar ciego y sordo ante lo que estaba ocurriendo”.

Explica lo que sintió cuando le informaron de la sentencia:

“Durante un juicio, le habían quitado a mamá nuestra custodia; la misma perito que nos había sometido al interrogatorio le había aplicado a mi madre y a nosotros una práctica inhumana y cruel llamada “SAP”, por la cual ella alegaba que estábamos influenciados por nuestra madre y, por lo tanto, nos separaban durante tiempo indefinido sin verla y sin tener ningún tipo de contacto ni con ella ni nadie de nuestro entorno familiar materno, incluido mi padre.

Sólo pensé que nadie jamás debería tener el poder suficiente para arrebatar a una madre y sus hijos, sin ni siquiera preguntarnos a nosotros, ya que jamás fuimos a ningún juicio debido a que éramos demasiado pequeños. Nadie se para a pensar en los efectos que eso tendría sobre nosotros; Aquel juez no nos conocía, así que no entendía cómo era capaz de permitir aquello. Me di cuenta de lo injusto que es el mundo, y de que no teníamos voz, pese a que éramos nosotros con los que jugaban. Ante todo, me quedaba David”.

En EEUU, el documental *Breaking the silence, Children’s stories* ⁴⁶ recoge testimonios de afectados por la aplicación de la *terapia de la amenaza*, ya adultos, que fueron separados de sus madres en contextos de violencia de género o maltrato hacia ellos y ellas, y describen la imposibilidad de luchar contra el prejuicio de que están siendo manipulados por sus madres. Se pone de manifiesto en este documental las enormes trabas con las que se encontraron para denunciar la violencia o abusos sexuales sufridos.

2.3. Posicionamiento institucional y doctrinal respecto del llamado *síndrome de alienación parental*

El CGPJ, en el curso de Formación Continua del año 2007 ⁴⁷, sobre “Valoración del daño en las víctimas de violencia de género” concluyó que este supuesto *síndrome* no es “una categoría diagnóstica clínica, ni en Medicina ni en Psicología”, y que parte de conceptos estereotipados sobre los roles de hombres y mujeres. Se indicó que resulta improbable que el rechazo al padre se deba a una manipulación de la madre tras la separación, dado que las relaciones afectivas no se rompen sin una base objetiva. Por el contrario, este rechazo puede deberse a múltiples causas, generadas antes o después de la ruptura familiar. En contextos de violencia de género, donde los niños y niñas han sido víctimas

⁴⁶ El documental puede verse en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=hSO_vMsaVyg

⁴⁷ Guía de criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género (Actualización-2013), p.168 y ss, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias>

y testigos, el rechazo es una reacción muy normal tras la separación. El curso incluyó recomendaciones ante situaciones de rechazo al progenitor, como descartar que hubiera situaciones de violencia que las motiven e impedir que se utilice “para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual”; y, una vez descartada la violencia o abuso, no tratar este rechazo como una enfermedad, sino como un problema relacional o adaptativo del niño y su entorno, aconsejando la adopción de medidas de mediación.

En 2010, la Asociación Española de Neuropsiquiatría denunció⁴⁸ la práctica de este llamado *síndrome* cuya rápida difusión se debe, según indica, a la respuesta “simple (y simplista)” que ofrece a los profesionales del derecho, y supone un “grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la custodia de un hijo”. Advierte asimismo del claro “sesgo de género” que acompaña la definición de este supuesto *síndrome*, y de la falta de consideración hacia los niños, especialmente cuando se denuncia abuso o maltrato. Finalmente advierte a los equipos técnicos adscritos a los juzgados del “enorme potencial de daño sobre menores y adultos privados de toda posibilidad de defensa (pues siendo “diagnosticados” todo intento de defensa se convierte en autoconfirmación del diagnóstico asignado)”.

El Comité CEDAW ha mostrado su preocupación por su utilización en España para otorgar la custodia al padre acusado de violencia doméstica⁴⁹. Y es que quienes lo aplican no tienen en consideración el necesario enfoque de género, al ser las mujeres las que mayoritariamente desempeñan el cuidado de hijos e hijas. Precisamente por tratarse de su aplicación por los poderes públicos, no puede dejar de señalarse que la falta de enfoque de género y de infancia y adolescencia en estas resoluciones supone un incumplimiento del principio de *diligencia debida* (Giménez y otras, 2020).

⁴⁸ *Comunicado de la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 25 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.aen.es/wp-content/uploads/2019/05/DECLARACION-AEN-SOBRE-SINDROME-ALIENACION-PARENTAL.pdf>

⁴⁹ Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, 29 de julio de 2015. “Matrimonio y relaciones familiares 38. Al tiempo que observa que en sus directrices de 2013 sobre los procedimientos relativos a la violencia de género, el Consejo General del Poder Judicial rechazaba la validez del llamado “síndrome de alienación parental”, al Comité le preocupa que el concepto siga aplicándose en varias decisiones judiciales en el Estado parte para retirar la custodia de los hijos a la madre y otorgársela al padre acusado de violencia doméstica. El Comité observa con preocupación que los mecanismos legislativos actuales y futuros no abordarán adecuadamente la consideración que debe acordarse a la existencia de violencia doméstica a la hora de determinar la custodia de los hijos. Al Comité también le preocupan los intentos de aprobar leyes que establecen la custodia compartida como norma general cuando se decide sobre tales casos”.

Recuerda el CGPJ, también en la *Guía de 2020 de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, que no se trata de un síndrome reconocido por la ciencia⁵⁰.

Hay autores, como los peritos forenses Vilalta y Winberg (2017), que consideran que, aunque no es un síndrome como tal, la *alienación parental* se produce, pudiendo considerarse como un “fenómeno relacional y conductual complejo”.

Otras autoras, profesionales clínicas que prestan servicios en puntos de encuentro familiar, señalan que la *alienación parental* podría considerarse maltrato psicológico de los progenitores hacia sus hijos (Segura, Gil y Sepúlveda, 2006).

Algunas herramientas de valoración de las situaciones de riesgo utilizadas por los servicios de atención a la infancia hacen referencia a la “instrumentalización en conflictos” como un criterio para la valoración de un posible maltrato psicológico que ejercerían los progenitores sobre los hijos e hijas, como es el caso de los instrumentos *BALORA* de País Vasco o *Valórame* de la Junta de Andalucía ⁵¹.

En enero de 2020 el Consejo General de Trabajo Social, dada la utilización de este denominado *síndrome* por los equipos psicosociales, puntos de encuentro familiar (PEF), servicios sociales y centros de atención a la infancia y la familia, ha publicado un

⁵⁰ La propuesta de incluirlo ha sido rechazada en las cinco revisiones realizadas hasta el momento del Manual DSM (por sus siglas en inglés: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) que clasifica los trastornos y enfermedades mentales, y es editado por la Asociación de Psiquiatría Americana (APA) (Vaccaro S. y Barea C. (2009). El pretendido síndrome de alienación parental: un instrumento que perpetúa el maltrato y la violencia. Bilbao. Editorial Española Desclee de Brouwer.). Tampoco aparece en la Sección 6ª (relativa a trastornos mentales) de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE, última actualización 11 de 2018) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), ni aparece en revistas de rigor científico.

⁵¹ Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba y publica el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (VALÓRAME). Boletín Oficial de la Junta de Andalucía - Histórico del BOJA. Boletín número 152 de 08/08/2019. Recoge los casos en que se ve trastocada “la capacidad y disposición del niño, niña o adolescente para establecer o mantener una relación adecuada y positiva con una o ambas figuras parentales”, bien porque ambas “utilizan activamente al niño, niña o adolescente para dañarse mutuamente y/o alejarle definitivamente de la otra figura parental”, o bien la utilización solo se realiza por una de las partes. Esta utilización se define como grave cuando “el niño, niña o adolescente es utilizado de forma constante o extremadamente intensa por al menos una de las figuras parentales para dañar o conseguir algo de la otra figura parental. Como consecuencia de ello, el niño presenta síntomas de daño psíquico grave (ver definición) o muestra un rechazo extremo e injustificado hacia una de las figuras parentales, y hay datos razonables para pensar que estos problemas son consecuencia de dicha situación”. Los casos leves, en que se utiliza al niño, niña o adolescente para dañarse entre sí o conseguir algo del otro, pero eso no caracteriza su relación”, estaremos ante “conflicto de lealtades”, pero no presenta síntomas de daño psíquico.

decálogo⁵² para prohibir el uso de lo que considera un “constructo acientífico y sesgado”, prohibiendo asimismo la utilización de eufemismos como “interferencias parentales, preocupación mórbida de la madre, conflictos parentales, instrumentalización de los menores, madre alienadora, madre manipuladora, madre que impide o dificulta el vínculo paterno, alienación parental, etc”. El Consejo advierte que donde más se utiliza es en contextos donde hay riesgo de violencia de género, maltrato y abusos a los niños y niñas, por ello insta a analizar e investigar los casos con profundidad sin desechar de antemano las denuncias o sospechas. Resalta la importancia de escuchar a los niños y niñas, como paso necesario para la valoración de su superior interés, y censura aquellas actuaciones donde “se arranca” a los niños de los brazos de su figura de referencia, exigiendo que se facilite información a los progenitores, que no se les controle cuando hablan con sus hijos e hijas en los puntos de encuentro, y se les brinde apoyo, especialmente a las mujeres víctimas de violencia de género.

Por otro lado, las Juntas Generales de Bizkaia, en enero de 2020, adoptaron medidas contra este supuesto *síndrome*, por unanimidad, instando a la Diputación Foral y al Servicio de Infancia para que no se utilice, tras haber sido imputados cuatro funcionarios por aplicarlo para separar a una niña de su madre⁵³.

Para las autoras Segura, Gil y Sepúlveda (2006), el problema surge cuando las hijas e hijos participan y toman partido en los conflictos derivados de la separación de la pareja, que son “problemas de los adultos”, y se agrava cuando se les llama a participar en el proceso judicial, suponiendo un riesgo para su salud mental. Proponen mantener a los hijos e hijas al margen, ofreciendo argumentos como los siguientes, que restan valor a la opinión de los niños: “la opinión de los menores estará mediatizada, en mayor o menor grado, por el problema en el que están inmersos y por las presiones que están recibiendo”, “no hablan por ellos mismos”. Explican que, para evitar estas presiones, los padres deberían llevar a cabo lo que denominan “conducta de no interferencia”, que, paradójicamente, sería aquella conducta en la que “el progenitor con el que convive anima al hijo y al padre a que se relacionen con frecuencia y se involucren mutuamente en sus vidas”. Resulta paradójico porque, aunque se habla de no interferir, se exige al progenitor

⁵² Decálogo sobre el Supuesto Síndrome de Alienación Parental del Consejo General de Trabajo Social, de 27 enero 2020. Disponible en: <https://www.cgtrabajosocial.es/noticias/decalogo-sobre-el-supuesto-sindrome-de-alienacion-parental-sap/6054/view>

⁵³ Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia:

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/78a3b47d2a19a467/20200303>

a quien corresponde la custodia, intervenir *animando*. En caso contrario, según explican, estaríamos ante “interferencias parentales”, que comenzarían con obstaculizaciones leves de la relación y podrían dar lugar a situaciones graves de maltrato infantil, cuyos síntomas (ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación) se manifiestan simplemente con la presencia del “progenitor rechazado”. Ante estas situaciones aconsejan mantener las visitas con el “progenitor alienado”, porque una de las *estrategias del alienador* es suspenderlas. Resulta llamativa también la advertencia que realizan acerca del riesgo para los niños de las exploraciones innecesarias en caso de denuncias falsas por maltrato hacia ellos (p.125). Sorprende, tanto por la dificultad en estos supuestos de conocer sin previa indagación cuándo se está ante una falsa alerta, como por las consecuencias de no investigar ante casos de especial gravedad, dado que la falta de valoración del riesgo puede tener graves consecuencias para la seguridad de los niños, y, en consecuencia, comprometer la responsabilidad de los poderes públicos.

Es por ello, por lo que esta visión no puede ser compartida. Así, la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida publicada del CGPJ* (junio 2020) indica que este llamado *síndrome* no puede servir como fundamento para alterar un régimen de custodia, y que, en los supuestos de conflicto interparental severo o violencia, por resultar perjudicial para la salud física y psicológica de los hijos e hijas, recomienda la valoración de intervención profesional, y con formación suficiente y experiencia acreditada en materia de solución pacífica de conflictos familiares, perspectiva de infancia y de género ⁵⁴.

2.4. Estudio jurisprudencial sobre el impacto del *síndrome de alienación parental* en los tribunales asturianos

En septiembre de 2010, la Asociación de Abogadas para la Igualdad publicó un estudio realizado por Carbajal, V; Martín, M; Mori, S; Ocejo, E. & Pérez, cuyo objeto fue analizar la incidencia de este supuesto *síndrome* en los Tribunales asturianos. Del estudio

⁵⁴ Esto mismo es destacado por Giménez (2019), al señalar que “los operadores jurídicos deberíamos procurar tratar y juzgar dichas situaciones desde la perspectiva de género, a saber: "perspectiva que obliga a trascender (ir más allá) de la igualdad formal de las normas y cuestionar si su aplicación consigue también la igualdad material entre hombres y mujeres" (Sole Resina, Judith: "Igualdad formal y desigualdad material: el estado de la cuestión en el derecho de familia"), obviando los prejuicios contra las madres que pretenden proteger a sus hijas e hijos y es que: “*la igualdad jurídica y real caminan desacompañadas, puesto que las discriminaciones han mutado y han sabido adaptarse a las nuevas democracias sostenidas por unas ilusiones cognitivas irracionales que son inmunes a las leyes: los estereotipos y prejuicios de género, que apuntalan el status quo de las desigualdades*” (Poyatos Matas, Gloria (2018) *Juzgar con perspectiva de género, el camino judicial hacia la igualdad real. Actum Social nº 131. Monográfico*).

de los documentos judiciales (21 en total) obtenidos tanto de CENDOJ como de otras bases de datos jurisprudenciales, se concluyó que el tratamiento conocido como *SAP* tiene género y es una forma más de violencia contra la mujer; que las resoluciones judiciales siguen el informe de los equipos psicosociales como verdad absoluta, y que la *terapia* supone un fracaso y tiene importantes consecuencias para los niños y las niñas. Interesan especialmente los siguientes aspectos señalados por este estudio en relación con los derechos de los niños y las niñas, a modo de conclusiones:

- No se buscan las causas del rechazo en la dificultad de la situación derivada de la ruptura, ni en la conducta del propio progenitor rechazado o como consecuencia del propio desarrollo del niño o la niña, responsabilizándose de forma injustificada al progenitor custodio, lo que va en perjuicio de la propia salud de los niños y de sus derechos humanos.
- Se denuncia que los niños no son considerados como sujetos de derecho, sino como objetos, que son “arrancados” de manera violenta y dramática de sus madres⁵⁵, cuya relación en algunos casos queda irremediabilmente dañada.
- No se respeta su derecho a ser tratado conforme a los principios básicos de intervención psicológica con niños y niñas: diálogo, confianza y tiempo; negándoseles un tiempo de adaptación y acercamiento progresivo, y omitiendo cualquier explicación. Tampoco se respeta su intimidad, en muchos casos.
- Se denuncia la “banalización” de la exploración tanto judicial como auxiliar y pericial de los niños y niñas, que se lleva a cabo como mero trámite.

⁵⁵ Es el caso de la sentencia 495/2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia No 7 de Oviedo de 13 de junio de 2005, ratificada por la Audiencia provincial, que indica que *“como quiera que este tipo de alienación constituye un maltrato emocional grave sobre los menores, requiere una actuación drástica, que aún cuando -en principio- pueda causar daño a los menores siempre será menor que el que se les está causando por la madre, consciente o inconscientemente, y que es el determinante de la medida a adoptar si no queremos que la relación paterno-filial y de los menores con la familia extensa de la rama paterna devenga inexistente y sin posibilidad de solución en un futuro inmediato con las graves consecuencias psíquicas y emocionales que ello conllevaría para estos menores”*. Se lleva a cabo la denominada “terapia de la amenaza” ordenando el cambio de custodia de su hija e hijo de 9 y 8 años, que pasa a corresponder al padre, y se ordena: *“se librerá oficio a la Policía Judicial (S.A.F.) para que proceda a la recogida de los menores en el Centro Escolar al que acuden y procedan a entregárselos a su padre. Requiriendo a la parte demandante a través de su representación procesal para que en el plazo de un desde la notificación de la sentencia, entregue en este Juzgado los efectos personales necesarios para los menores: ropas, calzado, útiles, de aseo, etc.”* Al tiempo se recoge que: *“La madre no podrá comunicar (ya sea por teléfono, carta, etc. ni personalmente) con los menores, ni tener visitas, por un período mínimo, hasta el próximo mes de Septiembre de 2005”*. Según se indica en el estudio, el efecto conseguido por esta terapia ha sido la ruptura del vínculo de el niño y la niña con su madre.

- No se respeta su derecho a ser escuchados, en tanto derecho, imponiéndose como una obligación.

2.5. Jornada de análisis multidisciplinar del denominado *síndrome de alienación parental*

En febrero de 2020, se celebró en Madrid la Jornada de Análisis Multidisciplinar del Denominado “*Síndrome de Alienación Parental*” (SAP)⁵⁶, organizada por la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), en la que se indicaron una serie de propuestas dirigidas a garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes ⁵⁷:

- Que se prohíba la utilización de esta llamada teoría y otras fundamentadas en postulados similares, que deberían catalogarse expresamente como violencia de género y contra la infancia y la adolescencia. Y se investigue acerca de proyectos sobre Justicia Terapéutica y coordinación de parentalidad y su posible vinculación con el *síndrome de alienación parental*.
- Que se juzgue con perspectiva de género y derechos de la infancia y adolescencia.
- Que se dé credibilidad a los relatos y testimonios de los niños y se regule la audiencia de los niños de forma específica con todas las garantías.
- Que se cree una especialidad de Familia y órganos técnicos especializados.
- Que se creen unidades especializadas en violencia contra niños, niñas y adolescentes en los Institutos Médicos Forenses.
- Que se cree un catálogo de trastornos para infancia y adolescencia que cuente con las experiencias de niños y niñas y se cree una especialidad sanitaria en psicología clínica infantil.
- Que se ofrezca formación específica en derechos de la infancia y la adolescencia, en perspectiva de género y derechos humanos.
- Que se regule la designación urgente de representante de la Abogacía y la Procura para la asistencia inmediata a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.

⁵⁶ Las Jornadas fueron emitidas en streaming y los vídeos están disponibles en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLIdOa4FWXTfSKCIt7qbbgKUaXRnsscEO4>

En la Jornada se visionó el vídeo “Escuchando a niños, niñas y adolescentes”, que contiene opiniones de los niños y niñas acerca de lo que significa el derecho a ser escuchados, en particular en procesos judiciales. La versión reducida está disponible en el canal de YouTube de AMJE, en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=uP7aWNBNM0o>

⁵⁷ Se publicaron las conclusiones de la Jornada en un ebook, disponible en: <https://www.efl.es/catalogo/ebooks-gratuitos/sindrome-de-alienacion-parental>

- Que se establezcan mecanismos, en las Administraciones Públicas, que garanticen la preferencia del expediente relacionado con violencia o abusos contra niñas, niños y adolescentes, y se garantice la confidencialidad.
- Que se faculte a los Juzgados de Familia para acordar de forma urgente y preferente medidas cautelares de alejamiento, privación de guarda y custodia y suspensión del ejercicio de la patria potestad.

2.6. El llamado *síndrome de alienación parental* desde el enfoque de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Especial referencia al derecho a ser escuchado

Llegados a este punto, es oportuno examinar cómo afecta la aplicación de este llamado *síndrome* al derecho de las niñas y niños a ser escuchados, desde un enfoque de derechos.

En primer lugar, conviene señalar que la manipulación de los niños, niñas y adolescentes es un problema del que los poderes públicos no pueden permanecer al margen, considerando que puede dar lugar a maltrato psicológico, con los evidentes daños en la salud, desarrollo y vida del niño (OG13).

Por otro lado, el Comité señala que el niño debe poder expresar sus opiniones sin presión, sin ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas (OG12, p.22, p.132).

El concepto de interés superior del niño exige que este no sea manipulado por los padres para sostener sus intereses en caso de procesos de custodia (OG14, p.34). Pero la protección que merecen los niños, niñas y adolescentes exige que se haga con rigor, estudio y ciencia, respetando sus derechos, sin que se pueda pasar por encima de ellos aplicando supuestas teorías no contrastadas, descartando la utilización de mitos y prejuicios adultocéntricos y androcéntricos que parten precisamente de su *invisibilización*, y los trata como “objeto de disputa entre dos adultos” (Gaitán⁵⁸).

Padilla (2017) destaca que de todas las ideas de Gardner (creador del supuesto *síndrome* que examinamos), la que más ha calado en los juzgados y tribunales es la advertencia de la posible falsedad del testimonio de los niños, fruto de su supuesta manipulación, y así se ha podido constatar en buen número de las resoluciones examinadas. Esto es

⁵⁸ Documento de Conclusiones de la Jornada sobre “análisis multidisciplinar del denominado *síndrome de alienación parental*” celebrada en Madrid el 7 de febrero de 2020. AMJE. Lefebvre, 2020. Vid. Nota anterior.

precisamente lo que da lugar a una vulneración del derecho reconocido en el artículo 12 CDN, que no consiste únicamente en oír lo que opinan los niños, sino en escuchar lo que tienen que decir, tomar en cuenta sus opiniones para adoptar una decisión, la cual debe ser motivada, y en caso de apartarse de la voluntad expresada por ellos o ellas debe justificarse bajo la consideración primordial de su interés superior, que no es otra cosa que garantizar el conjunto de sus derechos, sin que quepa descartar su relato y su voluntad bajo el tópico de la manipulación.

Este derecho del art.12 CDN no es un derecho aislado, sino que está integrado en un instrumento jurídico que ha de ser interpretado de forma consistente con el marco de los derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme al Comité de CDN, que además considera este derecho como un principio general.

De acuerdo con Campoy (2020, p. 200) la única forma de entender los derechos de los niños adecuadamente “es comprender que se complementan y fortalecen mutuamente, formando una unidad que sirve de fundamentación última del modelo. Una unidad que hoy día solo se puede lograr si comprendemos los cuatro principios a la luz del actual paradigma de los derechos humanos”.

Conviene mencionar en primer lugar el art. 25.2 de la DUDH, que señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. En la misma línea, el art. 39 de nuestra Constitución indica que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Pues bien, esto no parece ser una consideración especial para la llamada teoría del *síndrome de alienación parental*, que los dejaría desprotegidos al no garantizar sus derechos.

Comenzando con el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser discriminado (art. 2 CDN), la utilización del llamado *síndrome* y, en particular, la denominada “terapia de la amenaza”, no respetaría el derecho de los niños a participar en la toma de decisiones que les afecten (art.12 CDN), por cuanto parte de invalidar su opinión en cuanto niños, lo que también resulta contrario a los arts. 2 y 7 DUDH⁵⁹.

⁵⁹ El art. 2 DUDH reconoce que todas las personas tienen los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin que quepa hacer “distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (en términos muy similares nuestro art. 14 de la Constitución), y el 7 de la DUDH señala que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen

Campoy (2020) destaca la falta de comprensión del significado y alcance del derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar en la toma de decisiones que les afecten, de forma directa o indirecta, y en todos los ámbitos, el jurídico también (p. 209), lo que conlleva su discriminación. Es en este ámbito, el jurídico (y el familiar), donde surge el *diagnóstico* puesto en cuestión, y quienes defienden el llamado *síndrome* parten de que, en las rupturas familiares, los niños y niñas deben permanecer al margen de los problemas que consideran de adultos” (Segura, Gil y Sepúlveda, 2006). Se impide de partida su participación porque, según argumentan, “no hablan por sí mismos”, porque no son adultos. Las consecuencias de esta falta de atención a lo que expresan o callan los niños, implica una grave consecuencia: la ausencia de investigación e indagación de los motivos por los que se produce el rechazo hacia uno de sus progenitores, que impide detectar situaciones en las que el niño o niña puede estar sufriendo algún tipo de violencia.

Estaríamos también ante una discriminación por razón de género que repercute en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y carga contra el ejercicio de la maternidad⁶⁰ (CEDAW, Reyes, 2018, Padilla, 2017, Peral, 2017, Asociación de Abogadas para la Igualdad, 2010, entre otros).

El claro sesgo de género de los postulados que defienden la manipulación parental con criterios acientíficos contraría art. 29.1 b) CDN, que señala que la educación debe estar encaminada a preparar a los niños y niñas para una vida responsable en una sociedad libre y en la que haya igualdad entre los sexos. El propio Comité, al tratar el derecho del niño a ser escuchado, señala la necesidad de prestar especial atención al derecho de la niña a

derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

⁶⁰ La CEDAW, en su preámbulo recuerda “el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”.

El art. 5 recoge medidas como “a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

Y el art. 16 señala que: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”.

ser escuchada, recibir apoyo, si lo necesita, para expresar su opinión y para que esta se tenga debidamente en cuenta, dado que los estereotipos de género y los valores patriarcales perjudican e imponen graves limitaciones a las niñas en el disfrute de este derecho (OG12, p.77).

Si analizamos cómo afecta al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del art. 6, el Comité también lo relaciona con el derecho del niño a ser escuchado (art. 12), dado que “la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño y con los objetivos en materia de educación” (OG12, p.79).

Ligado estrechamente al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, está el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 3 DUDH), así como el derecho a la salud y bienestar (art. 25 DUDH y 24 CDN) y el derecho a ser protegido de todo tipo violencia, abuso físico y mental, malos tratos (art. 19 CDN). La aplicación del fenómeno descrito como *alienación parental* tampoco es respetuoso con tales derechos, al limitar las opciones de que disponen los niños para autoprotgerse expresando sus miedos y preocupaciones con quienes principalmente deben garantizar su seguridad y derechos.

El art. 19 CDN y el Comité de Derechos del Niño (OG13 y sucesivos informes finales a España), inciden en la necesaria investigación de los casos de malos tratos a los niños, mientras que, desde los postulados teóricos del denominado *síndrome*, se alienta a evitar la exploración de niños, niñas y adolescentes en los casos de denuncias de maltrato o abusos en la esfera familiar, achacando las demandas de las víctimas a motivaciones económicas o a venganzas personales, y sosteniendo sus argumentación sobre la base de prejuicios y estereotipos adultocéntricos y de género. El propio Comité incide en que el proceso de escucha es complejo y puede causar efectos traumáticos en el niño y su victimización secundaria, lo cual no equivale a evitar la exploración, sino, como indica el Comité, a no hacerlo “con más frecuencia de la necesaria” (OG 12, p. 24) y cumpliendo con las condiciones descritas, en la misma línea que lo exigido por el Convenio de Lanzarote para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual.

El art. 19 también se refiere a la necesidad de tomar medidas de protección para quienes cuidan de los niños, niñas y adolescentes, y es este mismo deber de protección que incumbe a quienes les cuidan y deben velar por sus derechos, el que, en caso de riesgo

para su vida o integridad física o psíquica, exige la denuncia y que los propios niños sean advertidos de los posibles riesgos, no debiendo quedar al margen. Precisamente, en contextos de violencia de género o abuso sexual del padre a su hijo o hija, es el interés superior del niño lo que provoca que su madre les advierta, ponga al tanto y proteja, y así debe ser conforme a la Convención. Sin embargo, quienes defienden esta denominada teoría imponen a la madre la actuación contraria, exigiendo que de alguna manera *tape* la conducta del padre, dado que en caso contrario se la responsabiliza del rechazo de los niños, considerando que existen *interferencias* o *manipulaciones* por parte de la madre ⁶¹.

Precisamente, en caso de violencia de género, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶² exige la supervisión de las relaciones paternofiliales, por cuanto los niños y niñas son víctimas directas⁶³.

Conviene recordar que hay casos en que la justicia penal no opera, se acuerda el archivo, no hay declaración de la víctima, u otras circunstancias, lo que no significa que no haya o pueda haber violencia. El propio art. 19 CDN indica que puede haber casos en que sea necesaria una observación ulterior, un seguimiento, para prevenir la violencia, lo que difícilmente podrá garantizarse con un cambio de custodia. Lo mismo cabe decir respecto de los casos de violencia o abusos sexuales contra los niños. En ambos casos destaca la dificultad de la prueba, dada la intimidad y el entorno de confianza en el que se realiza, lo que implica una mayor dedicación indagatoria.

Postulados como los utilizados en el caso del supuesto *síndrome de alienación parental*, y otros análogos basados en la anulación del relato de los niños, resultan muy perjudiciales para sacar a la luz las violencias sufridas por los niños en el entorno familiar,

⁶¹ “El efecto intimidatorio que produce su sola mención en los litigios judiciales facilita que algunos profesionales lo utilicen habitualmente en los casos controvertidos de divorcio. La aparición del SAP en cualquier demanda judicial lo reduce todo a la alienación y la manipulación materna y convierte automáticamente a las víctimas en victimarios” (Peral, 2017).

⁶² Arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

⁶³ Según datos del Ministerio de Igualdad, desde el año 2013 hasta junio de 2020, han sido 37 los niños/niñas víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre.

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimiasMortales/fichaMenores/docs/Vmortalesmenores_2020_15_06.pdf

de las que se conocen pocos datos, como se señalan algunos estudios relevantes (por ejemplo, los realizados por Unicef⁶⁴ y Save The Children⁶⁵).

Como se ha indicado, algunas guías para valoración de situaciones de riesgo de los servicios de atención a la infancia señalan la “instrumentalización en conflictos” como criterio para valorar un posible maltrato psicológico por parte de los progenitores. Pero ello no ha de entenderse en el sentido de que estas herramientas puedan utilizarse como base para proclamar la validez de la *alienación parental* como patología, por cuanto estas guías no determinan la existencia de un *síndrome*, sino que parten de que deben considerarse estos criterios por los servicios que atienden a la infancia cuando se indaga por un potencial riesgo de violencia psicológica, lo que conduce de nuevo a la importancia de la investigación, que debe realizarse con medios adecuados y por profesionales formados y especializados en psicología infantil y de la adolescencia y derechos de los niños, de tal manera que puedan detectarse aquellos casos en que los niños está sufriendo una manipulación que realmente afecte a su salud mental, y no se acuda a mitos o soluciones *mágicas*.

De acuerdo con lo anterior, la utilización de los postulados del llamado *síndrome* resulta contraria al derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria (art. 24), y ello por la ausencia de rigor científico de la categorización como síndrome de este fenómeno, por la conculcación de los diferentes códigos deontológicos en materia de salud (Padilla, 2017, p.88), por la falta de protección en casos en que subyace violencia o abusos, y por la aplicación de una supuesta *terapia de la amenaza* consistente en generar daño a los niños⁶⁶. Estas drásticas separaciones suponen un grave riesgo para la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, debido al estrés postraumático y trastornos del vínculo derivados de la separación de las figuras de apego seguro (López-Soler⁶⁷), que

⁶⁴ Informe Ocultos a plena luz. Disponible en: <https://www.unicef.es/noticia/violencia-contra-los-ninos-nuevo-informe-ocultos-plena-luz>

⁶⁵ Informe Ojos que no quieren ver. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/ojos-que-no-quieren-ver>

⁶⁶ Como ejemplo, la sentencia 495/2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia No 7 de Oviedo de 13 de junio de 2005, que justifica esta “*actuación drástica, que aún cuando -en principio- pueda causar daño a los menores siempre será menor que el que se les está causando por la madre, consciente o inconscientemente*”.

⁶⁷ Documento de Conclusiones de la Jornada sobre “análisis multidisciplinar del denominado *síndrome de alienación parental*” celebrada en Madrid el 7 de febrero de 2020. AMJE. Lefebvre, 2020.

mayoritaria y esencialmente son las madres⁶⁸. Recuerda Andrés (⁶⁹) que, según la Teoría del Apego de Bowlby, “el bebé y el niño/a pequeño deben experimentar una relación cálida, íntima y continua con su madre (o con el sustituto/a permanente de la madre) en la que ambos encuentren satisfacción y disfrute”, y ello por resultar esencial para su supervivencia y desarrollo saludable. Por otro lado, dado que estos casos son diagnosticados en los juzgados, por los equipos psicosociales, y no por los profesionales médicos que atienden habitualmente a los niños, no se está considerando su historial médico, ni el clima de confianza necesario, faltando el derecho a una atención integral.

En algunos casos, las exploraciones pueden no respetar el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes⁷⁰, lo que vulneraría su derecho recogido en el art. 16 CDN.

Este mal denominado *síndrome* constituye un impedimento al acceso de los niños, niñas y adolescentes a la justicia, al no permitírseles ser tomados en cuenta en los procesos judiciales (art. 12.2), lo que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE y art. 6 del CEDH)⁷¹. En el caso de no adoptarse las medidas tendentes a la denuncia o investigación de los casos graves de abusos y maltrato (10 DUDH), como sugieren algunos autores al presuponer manipulación, se infringiría el derecho a la tutela judicial, en su vertiente de falta de investigación. En caso de violencia de género y/o violencia doméstica, en que los niños son víctimas de la violencia incluso como testigos⁷², debe tenerse en cuenta que jueces y juezas resultan obligados por el canon reforzado constitucionalmente de realizar “una investigación suficiente y eficaz”⁷³. En el mismo sentido, el art. 34 del Convenio de Lanzarote recuerda que los Estados deben adoptar las medidas que garanticen “que las personas, unidades o servicios responsables de las

⁶⁸ “Se habla de la “figura de apego”, lo que no deja de ser una operación de *invisibilización* de las madres si tenemos en cuenta que en más del 90% de los casos la figura de apego primario es la madre. Por más que *cualquiera* pueda ser la figura de apego hay un hecho palmario: Todas las investigaciones que se han realizado para comprender, tipificar y evaluar el apego en los bebés se han hecho con madres”. Maternidad, igualdad y fraternidad (p.50). Patricia Merino (2017).

⁶⁹ Documento de Conclusiones de la Jornada sobre “análisis multidisciplinar del denominado *síndrome de alienación parental*”. AMJE. Lefebvre, 2020. Vid. nota 57.

⁷⁰ Sentencia 64/2019 del Tribunal Constitucional.

⁷¹ Así la Sentencia 64/2019 de 9 de mayo del Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad) y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016 (Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias C. España).

⁷² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6 junio 2014).

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Contencioso) de 30 de septiembre de 2020 obliga al Estado a indemnizar a los padres e hijos de una mujer que fue asesinada por su marido, al no haber sido protegida por falta de realización de las investigaciones oportunas para apreciar el riesgo.

⁷³ Sentencia 87/2020 de 20 de julio del Tribunal Constitucional (recurso de amparo, BOE 15 agosto).

investigaciones estén especializados en la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños, o que las personas reciban formación a tal efecto”.

Al restar valor a su testimonio, descartándolo por manipulado (lo que es contrario al derecho contenido en el art.12 CDN) se podría estar contraviniendo su dignidad, su capacidad de agencia y participación, su derecho a la libertad de expresión (art. 13 CDN), a la libertad de pensamiento (art. 14), y su derecho a una información adecuada (art. 17). La edad del niño o la niña es muy relevante en este punto, especialmente en el caso de adolescentes. Hablar de manipulación por el hecho de que expresan opiniones coincidentes con sus madres o padres puede resultar especialmente ofensivo, y atentar contra su derecho a la vida privada y su derecho al honor (art. 16 CDN), sin perjuicio del deber que corresponde a sus progenitores de garantizar su protección, lo que incluye no generar un ambiente de conflicto y/o violencia verbal, física o psicológica.

Lo mismo se deriva de la exigencia sin matices de mantenerlos al margen de los problemas familiares, lo que podría ser contrario a la comunicación, debate, diálogo, reflexión y conversación, en definitiva, contrario a su derecho a desarrollar su personalidad y capacidad mental, esto es a su educación (art. 26 DUDH y 29 CDN), y contrario a la responsabilidad que compete a los padres de orientar a los niños para el ejercicio de sus derechos (art. 5 CDN), y de garantizar su superior interés (art. 18.1). Lo cual no justificaría, como es evidente, los intentos de manipulación ni el hecho de obligarles a tomar partido.

En cuanto a su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular (art. 9.3 CDN), este suele ser el único derecho alegado por quienes defienden la *terapia de la amenaza*, aunque no impide que sí se pretenda la ruptura con quien hasta entonces conviven. Lo que resulta de la idea de imponer la presencia paterna, como resultado de una construcción patriarcal (Reyes, 2018).

Se alega, por quienes defienden el llamado *SAP*, que la forma de garantizar el interés superior del niño es que mantenga la relación con ambos progenitores, sin mayor profundización, en contra de lo expresado por el niño, y partiendo de que su negativa se debe a la manipulación que sufre por parte del otro progenitor. Lo que supone dejar de lado el derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1), precisamente porque el resto de sus derechos no quedan garantizados.

Debe analizarse también, en garantía del derecho del art. 9.3, lo previsto en el art. 18.1⁷⁴, en el sentido de que son ambos padres quienes tienen la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño, de cara a garantizar su superior interés. Ello implica que en caso de ruptura se garantice su bienestar y no se ejerza manipulación o violencia psicológica contra los niños, pero recordando que corresponde a cada uno individualmente garantizar su buena relación con su hijo o hija, sin responsabilizar al otro de que esta no sea la ideal, lo que se acerca a la idea de crianza basada en la corresponsabilidad, el cuidado y en el respeto mutuo. Esto se aplica no solo a partir de la ruptura, sino que ha de ser una guía en el ejercicio de la paternidad y la maternidad desde el nacimiento, e incluso desde antes. Por otro lado, esta responsabilidad implicaría que, en caso de que el otro progenitor pueda resultar una amenaza para el bienestar del niño, se pueda intentar legítimamente reclamar a los poderes públicos la protección que se crea conveniente, sin tener que defenderse de acusaciones infundadas de manipulación, ni por ello ver amenazado el mantenimiento de la convivencia con el hijo o hija.

El Tribunal Supremo (sentencia de 24 de mayo de 2016) recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial que indica que "al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores. No deberá prosperar el recurso que intente la adopción de las medidas que sean más interesantes para los progenitores, dado que no prima el interés del padre/madre sino el de sus hijos, por lo que habrá de procurarse que la relación de éstos con sus progenitores se mantenga y progrese, su sustento económico se garantice, su estabilidad y desarrollo emocional se potencie y el derecho a una vivienda digna se ampare (art. 47 de la Constitución)".

⁷⁴ Art. 18.1 CDN: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La principal conclusión que puede extraerse del trabajo realizado es que contamos con herramientas jurídicas en el marco de los derechos humanos y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que permiten avanzar hacia una aplicación adecuada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en “pie de igualdad” con los adultos, en particular el derecho a su participación y su derecho a ser escuchados. La Convención nos abre el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos de los niños como seres humanos que son, y el Comité nos da las pautas para lograr ese proceso en el que los niños y niñas logren hacer valer sus derechos, siendo especialmente relevante el ejercicio de su derecho a participar, a ser escuchado, a expresar sus opiniones e ideas y que estas sean tomadas en cuenta. Los estudios de la infancia y la adolescencia, desde cada una de las diferentes disciplinas, nos ofrecen perspectivas para la consideración y respeto de sus derechos humanos.

En el ámbito de la justicia, y más concretamente en los procedimientos donde se dirime la convivencia de los niños y niñas en caso de ruptura familiar, cómo se va a estructurar el régimen de custodia y las relaciones con los progenitores, se detectan importantes carencias en la garantía de su derecho a participar en las decisiones adoptadas. La situación es más delicada cuando en estos procesos de custodia se acude a mitos y estereotipos, como el llamado *síndrome de alienación parental*, que minan el testimonio de los niños, bajo la consideración de que están *alienados* por alguno de sus progenitores, ordenándose su separación de la persona con la que venían conviviendo (la madre, en la gran mayoría de los casos), aún a sabiendas de que los niños no quieren ese cambio, y en contra de sus derechos.

Esto confirma la primera hipótesis planteada de que la aplicación del *síndrome de alienación parental* nace de la anulación de su voz y la cancelación del estatus jurídico del niño como sujeto de derecho, valiéndose especialmente de una vía, la de la negación del derecho a que su opinión sea escuchada y tomada en cuenta.

Se confirma también la segunda hipótesis que maneja este estudio y se concluye que para acabar con la utilización de este fenómeno del *SAP* es necesario garantizar el derecho de los niños a ser escuchados.

Tanto para la mejora en la aplicación efectiva de los derechos de los niños, en concreto su derecho a participar en la toma de decisiones o ser escuchado, como para poner fin a una práctica como la del denominado *síndrome* y la llamada *terapia de la amenaza*, así como otros análogos o que puedan surgir, pueden ser precisos algunos cambios y mejoras en diversos sentidos, que se exponen a continuación:

- **Cambio cultural.** Parece necesario un cambio cultural, que acabe con el *adultocentrismo* y permita una evolución en la forma de mirar a niños, niñas y adolescentes (en presente y *en pie de igualdad*) y en la manera de interpretar sus derechos, más respetuosa con ellos, más democrática, bajo los estándares de los tratados internacionales y el marco de los derechos humanos, eliminando barreras y librándose de estereotipos y prejuicios por razón de género y de edad. Es preciso un cambio en la manera en que se toman las decisiones que les afectan, poniendo el foco en ellos y ellas, en su ciudadanía activa, en su capacidad para conocer, comprender, defender y reivindicar su dignidad y sus derechos.

- **Transversalidad del enfoque basado en los derechos de niños, niñas y adolescentes.** El enfoque de infancia y adolescencia, que consiste en considerar y tener presente el conjunto de los derechos humanos de los niños, debe informar con carácter transversal cualquier actuación de los poderes públicos. Los juzgados y tribunales, por el principio de *diligencia debida*, están obligados a integrarlo en sus decisiones, que deben considerar y tener presente el conjunto de los derechos humanos de los niños, en tanto sujetos de derecho.

- **Más protección e investigación de los casos en que haya indicios de violencia y abuso.** La falta de protección y la ausencia de investigación están generando daño a los niños, niñas y adolescentes, y además da lugar a una falta de confianza en las instituciones muy perjudicial, por lo que debe garantizarse la existencia de los medios para que pueda protegerse su integridad física y psíquica.

- **Mejora de la participación, escucha y valoración del testimonio de las niñas niños y adolescentes.** Para Calamandrei (1940) la fe del jurista es mostrar a los ciudadanos que la igualdad ante la ley “no es una burla”, y que la abstracción de las leyes es “la fórmula lógica de la solidaridad y de la reciprocidad humana, la fuerza más eficaz de cohesión social y la condición esencial de toda verdadera civilidad”. Pues bien, la protección de la

que son acreedores los niños no puede ser una excusa para que el sistema jurídico-asistencial no garantice la igual protección que debe darse a sus derechos. Es hora del reconocimiento real del derecho de los niños a la igualdad y no discriminación, de garantizar su ciudadanía, su capacidad de agencia y su participación, bajo los principios de respeto mutuo y convivencia democrática, eliminando las barreras que limitan la expresión de sus ideas, deseos y opiniones, y los obstáculos que restringen su comprensión por las personas adultas, y así permitir un diálogo fluido en el que se otorgue valor al testimonio de las personas niñas, permitiendo su participación de manera efectiva en la toma de decisiones. Por lo que, además de eliminar barreras, deben fomentarse las condiciones para que estos objetivos se consigan.

- **Más formación, sensibilización y difusión de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.** Especialmente importante es la formación de los profesionales y las profesionales del ámbito jurídico que adoptan decisiones que les afectan, en particular de la judicatura y fiscalía, así como es necesaria una mejora en la educación dirigida a niños, niñas y adolescentes en el conocimiento de sus derechos y así puedan exigirlos y reivindicarlos. El papel de los poderes públicos, instituciones, sociedad civil y medios de comunicación es esencial para una mayor sensibilización y difusión del necesario respeto de los derechos de quienes forman parte de la sociedad.

- **Reformas legislativas.** Sería adecuado trasladar de modo explícito a la normativa interna la transversalidad de la perspectiva de derechos de los niños, que debe inspirar la acción de los poderes públicos. Igualmente sería adecuada la declaración al mismo nivel de los cuatro principios reconocidos por el Comité; la mención expresa de la prohibición de discriminación por razón de edad; y el reconocimiento de la complementariedad de los principios de participación e interés superior del niño. Revisar el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y normas autonómicas, para favorecer la aplicación efectiva del derecho contenido en el artículo 12 CDN. E incluir en las normas vigentes o futuras (como la proyectada Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia) cautelas que impidan o prohíban el empleo de pseudo-teorías contrarias a las evidencias científicas y a los derechos humanos, como el llamado *síndrome de alienación parental* u otros sustentados sobre las mismas bases, garantizando el control judicial a posteriori, la reparación de los daños derivados de su uso y la depuración de responsabilidades.

- **Más igualdad en las responsabilidades parentales.** En garantía del cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, deben adoptarse las políticas dirigidas a garantizar la igualdad de mujeres y hombres en la responsabilidad del cuidado de los hijos e hijas. Es preciso alcanzarla igualdad real y efectiva, para lo que debe garantizarse la aplicación de la perspectiva de género en todas las decisiones que afectan al ámbito familiar, especialmente en el ámbito judicial.

- **Mejora del lenguaje.** De la lectura de los textos jurídicos estatales y autonómicos, se comprueba el abuso del término “menor” y “menores” sin alusión a la edad de 18 años (incluso el BOE ha realizado una recopilación normativa bajo el nombre “Legislación de Menores”), lo que puede contribuir a restar importancia a las personas niñas y favorecer que se las considere inferiores, la desatención de sus derechos e incluso su discriminación. Asimismo, las resoluciones judiciales emplean esta terminología, a la vez que hacen uso de un lenguaje que trasluce cierta cosificación de los niños. El contenido de las sentencias, que señalan lugares y personas encargadas de entrega y recogida, se asemeja más a contratos de transporte que a decisiones trascendentales en la vida de niños y niñas, quienes aparecen en la sintáctica de las oraciones como el objeto y apenas como sujeto.

- **Mayor motivación de las resoluciones.** Las resoluciones que diagnostican el *síndrome de alienación parental* niegan la validez a las expresiones de los niños, sin motivación suficiente, definiendo las opiniones de los niños como “argumentos vagos y generales”, “argumentaciones que no son propias de su edad”, entre otras. Sería conveniente, y así lo ha expresado el CGPJ, una mayor motivación y fundamentación de los argumentos por los que no se tienen en cuenta las opiniones o la voluntad de los niños, o por qué se impide su declaración, que solo puede quedar justificado bajo la consideración de su interés superior, no solo como derecho, sino principio esencial y como norma de procedimiento.

Las conclusiones y las propuestas indicadas convocan a potenciales e interesantes líneas de investigación acerca del grado de cumplimiento del derecho de los niños a ser escuchados y tomados en cuenta en el ámbito judicial, y que permitan conocer cuál es la opinión de los niños y niñas y qué cuestiones les preocupan más en caso de divorcio y separación o ruptura familiar.

REFERENCIAS

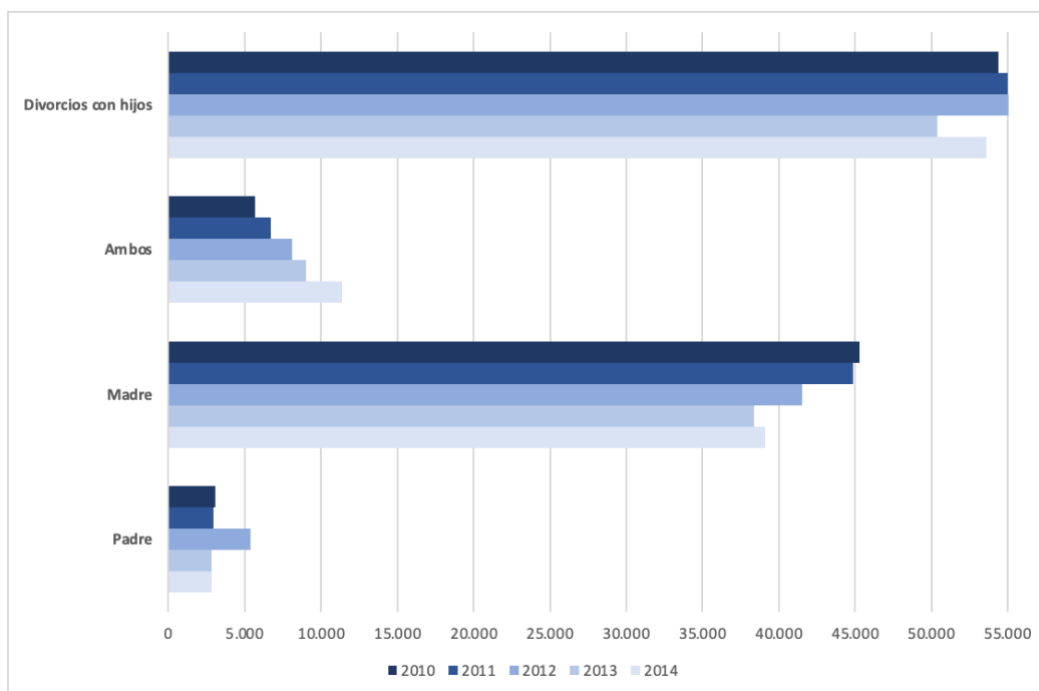
Bibliografía citada

- Argos González, J., Ezquerro Muñoz, M. P. y Castro Zubizarreta, A. (2011). “Escuchando la voz de la infancia en los procesos de cambio e investigación educativos. Aproximación al estudio de las transiciones entre las etapas de educación infantil y educación primaria”, *Iberoamericana de Educación*, 54(5), 1–18.
- Beard, R.M. (1971). *Psicología evolutiva de Piaget*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz.
- Bernuz Beneitez, M. (2015). “El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma”. *Derechos y Libertades*, 33(2), 67–98.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema.
- Calamandrei, P. (1940). *Fe en el Derecho*. Edición de Silvia Calamandrei, traducción y prólogo de Perfecto Anduve Ibáñez. Madrid, Marcial Pons
- Campoy Cervera, I. (2004). “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”. *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 21, 2004, págs. 143-166.
- Campoy Cervera, I. (2017). “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”. *Derechos y Libertades*, Dykinson.
- Campoy Cervera, I. (2020). “No discriminación”. Martínez García, M. (coord.). *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Madrid: Thomson Reuters, Aranzadi. 199-227.
- Carbajal, V., Martín, M., Mori, S., Ocejo, E. y Pérez, M. (2010). “Estudio jurisprudencial sobre el impacto del SAP en los tribunales asturianos”. Oviedo, Abogadas para la Igualdad.
- Cardona Llorens, J. (2020). “Derecho a ser escuchado y a participar”. Martínez García, M. (coord.). *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Madrid: Thomson Reuters, Aranzadi. 229-258.
- Casas, F. y Saporoti, A. (coords.) (2005). *Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña (España) y Molise (Italia)*. Madrid, Plataforma de Organizaciones de Infancia.
- Castro, A., Ezquerro, P. y Argos J. (2016). “Procesos de escucha y participación de los niños en el marco de la educación infantil: Una revisión de la investigación”. *Educación XX1*, 19(2), 105-126,
- Duarte, C. (2015). *El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil*, Tesis Doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, Facultat de Ciències Polítiques i Sociologia
- Fernández Montero, P. (2015). *Ya no tengo miedo*. Alicante, Ed. Club Universitario.
- Gaitán, L. (2009). “El ejercicio del voto en el marco de los derechos de la infancia”. *Revista de estudios de juventud*. Junio 09. No 85.
- Gaitán, L. (2014). *De niños a protagonistas*. Madrid, Impulso a la acción social, Libros a punto.
- Gaitán, L. (2019). “Los estudios de infancia en España”. Lina Gálvez Muñoz y Lucía del Moral Espín (dirs.). *Infancia y Bienestar: Una apuesta política por las capacidades y los cuidados*. Deculturas.

- Gaitán, L. y Martínez, M. (2006). “Enfoque de derechos de la infancia en la programación. Guía para el diseño, desarrollo y evaluación de proyectos”. *Monografías del Experto en Políticas Sociales de Infancia*. Serie Práctica nº1. Universidad Complutense de Madrid.
- García Méndez, E. (2020). “Pandemia y derechos de la infancia”. Martínez García, M. (coord.). *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi. 55-61.
- Gardner, R. (1985). “Recent trends in divorce and custody litigation”. *Academy Forum*, 29, 3-7.
- Giménez García, I. (2019). “Violencia de género y síndrome de alienación parental o preocupación mórbida”. *Revista de Derecho vLex-* num 180, Mayo.
- Giménez, I., López, M., Nadal, C., Alcántara, J.J., Peral, M.C., Andrés, S. y Poyatos, G. (2020). Coordinador parental. Análisis Multidisciplinar. Lefebvre. Disponible en: <https://www.efl.es/catalogo/ebooks-gratuitos/coordinador-parental.-analisis-multidisciplinar>
- Liebel, M. (2007). “Entre Protección y Emancipación. Derechos de la Infancia y Políticas Sociales”. *Monografías del Experto en Políticas Sociales de Infancia*. Serie Práctica nº1. Universidad Complutense de Madrid.
- Liebel, M. (2015). “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 43-59
- Maravall Buckwalter, I. (2018). La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Merino, P. (2017). Maternidad, Igualdad y Fraternidad. Las madres como sujeto político en las sociedades poslaborales. Madrid, Clave Intelectual.
- Ochaíta, E. y Espinosa, M.A. (2012). “Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades”. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 No 2, 25-46.
- Padilla Racero, D. (2017). *El falso síndrome de alienación parental*, Tesis doctoral. Universidad de Málaga, Facultad de Derecho.
- Pavez Soto, I. (2016). “Comentario del libro Matías Cordero Arce. Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños”. Lima, IFEJANT,
- Peral López, M.C. (2017). *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, Tesis doctoral. Universidad de Granada, Facultad de Derecho.
- Reyes Cano, P. (2018). *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Tesis doctoral. Universidad de Granada, Facultad de Derecho.
- Rodríguez, I. (2012). “Sociología de la infancia y los derechos de niñas y niños: ¿un maridaje afortunado?” *Revista de derechos humanos - dfensor* 2012.
- Rodríguez Molinero, L. (2013). “Entrevista clínica al adolescente”. *Revista digital Pediatría Integral*. Disponible en: <https://www.pediatriaintegral.es/numeros-antiores/publicacion-2013-03/entrevista-clinica-al-adolescente/>.
- Segura, C., Gil, M.J. y Sepúlveda, M.A. (2006). “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”. *Cuad Med Forense* 12(43-44), 117-128.
- Vilalta, R. y Winberg, M. (2017). “Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) y el DSM-5”. *Papeles del Psicólogo*, Vol. 38(3), 224-231.

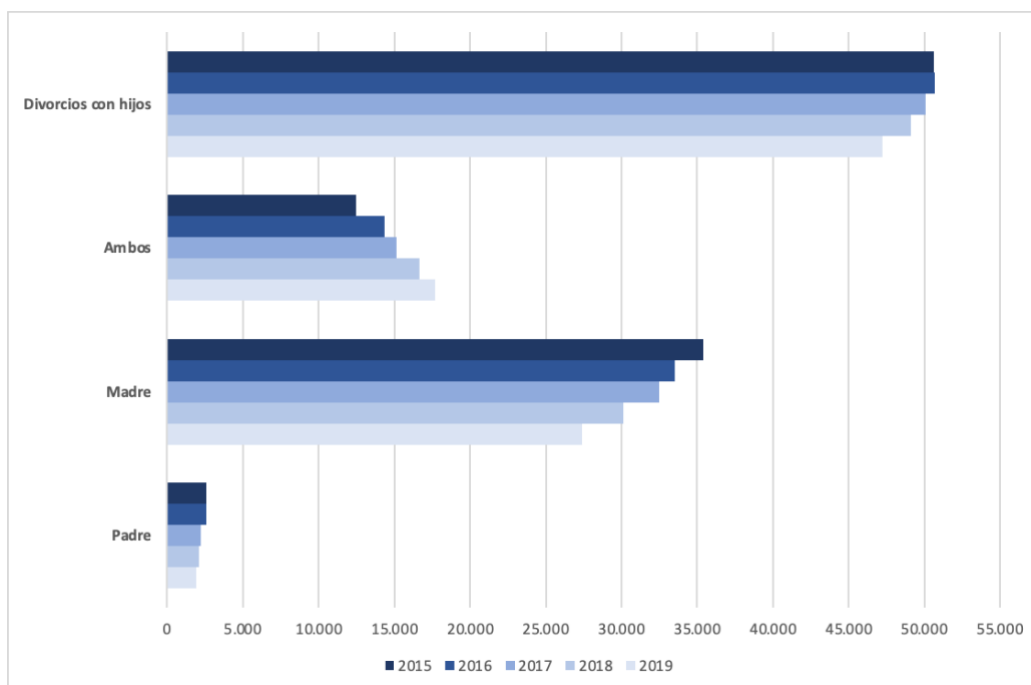
ANEXOS

ANEXO 1. Divorcios con hijos/as, según cónyuge que ejerce la custodia (2010-2014).



Fuente: Elaboración propia. INE. Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Octubre 2020.

ANEXO 2. Divorcios con hijos/as, según cónyuge que ejerce la custodia (2015-2019).



Fuente: Elaboración propia. INE. Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Octubre 2020.

ANEXO 4. Documentos judiciales en los que se menciona el término “síndrome de alienación parental”. Audiencias Provinciales que han emitido más de 10 documentos.

Audiencia provincial	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	TOTAL	%
Madrid	1		1		4	11	15	9	7	2	5	4	5	1	2	3	3			73	12%
Barcelona					3	7	6	7	2	5	2	8	3	1	6	4	7	8		69	11%
Málaga				1	1	3	1	4	3			2	3	4	2	9	7	2		42	7%
Palma de Mallorca					1	1	4	3	3	1	1	3	2	4	1	2	1	1	1	29	5%
Murcia				1	4	3	2		3	5	1	2	1	1	3	2	1			29	5%
Oviedo		1	1	1	4	3	1	3	2	1	1	1	2	1	1	3				26	4%
Valencia				1		1	1		3	1	1	2	2	3		1	2	4		22	4%
Palmas de gran canaria				1	2	1	1	4			1			2	2	5	2			21	3%
Alicante			1	3	2	3	3		1	2		3	1	1	1					21	3%
Sevilla					1	2	4	2	1		1		3	2			1			17	3%
Castellón						2	3	1	1	1	1	1	3		1			1		15	2%
Santacruz de Tenerife					2			2		1	1	1	2		1	2	2			14	2%
Zaragoza				2	2	1	1	1			1			1	1	2				12	2%
Pontevedra						2	1	2		1		1			1	1	3			12	2%
Granada									1					1	1	1	4	2	1	11	2%
Tarragona			1						1		1	1	1		3	1		1	1	11	2%
Pamplona - Iruña							1		1				1		2	1	3	2		11	2%
TOTAL	1	1	5	15	31	51	53	50	42	27	34	41	39	31	40	55	56	38	17	627	100%

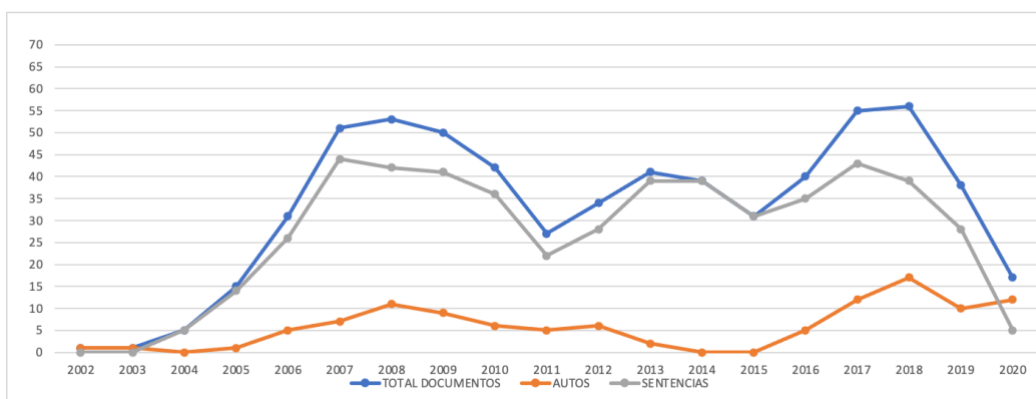
Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 5. Documentos judiciales en los que se menciona el término “síndrome de alienación parental”. Distribución por tipo de documento.

AÑO	TOTAL DOCUMENTOS	AUTOS	SENTENCIAS
2002	1	1	0
2003	1	1	0
2004	5	0	5
2005	15	1	14
2006	31	5	26
2007	51	7	44
2008	53	11	42
2009	50	9	41
2010	42	6	36
2011	27	5	22
2012	34	6	28
2013	41	2	39
2014	39	0	39
2015	31	0	31
2016	40	5	35
2017	55	12	43
2018	56	17	39
2019	38	10	28
2020	17	12	5
TOTAL	627	110	517

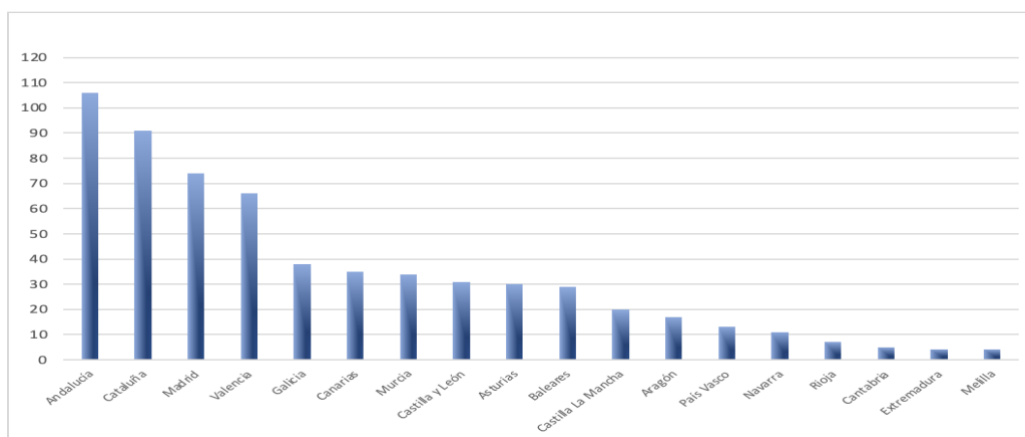
Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 6. GRÁFICO. Nº de documentos judiciales que refieren el “síndrome de alienación parental” por año (2002-2020).



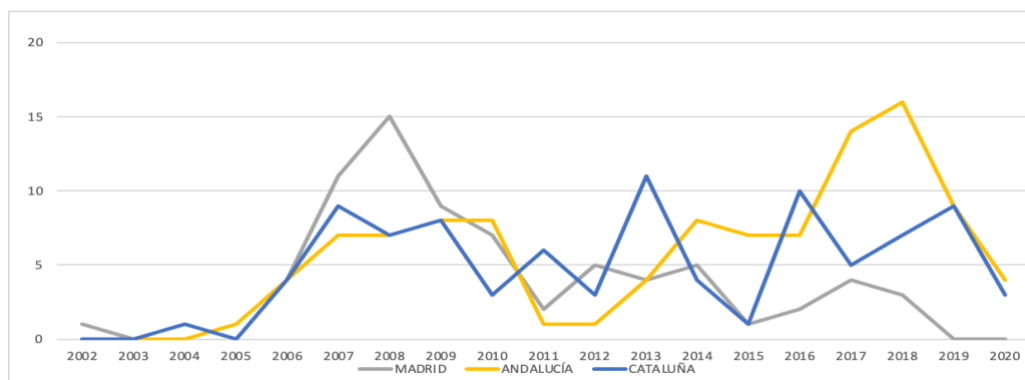
Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 7. GRÁFICO. Nº de documentos judiciales que refieren el llamado “síndrome de alienación parental” por Comunidad Autónoma (2002-2020).



Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 8. GRÁFICO. Número de documentos judiciales que refieren el denominado “síndrome de alienación parental” en Andalucía, Cataluña y Madrid (2002-2020).



Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 9. Detalle de sentencias que refieren el “síndrome de alienación parental” (2019 y 2020).

ORD.	ROJ - ECLI	Nº de Resolución	Municipio	Ponente	Fecha	Enlace CENDOJ
1	SAP A 1283/2019 - ECLI:ES:APA:2019:1283	261/2019	Elche/Elx	MARCOS DE ALBA Y VEGA	08/05/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/655becadd94ccba1/20190627
2	SAP AL 904/2019 - ECLI:ES:APAL:2019:904	134/2019	Almería	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS	05/03/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/227102d2ef37d867/20200217
3	SAP AL 906/2019 - ECLI:ES:APAL:2019:906	145/2019	Almería	MARIA LOURDES MOLINA ROMERO	05/03/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/52fb35f2eebe4230/20200217
4	SAP AL 1071/2019 - ECLI:ES:APAL:2019:1071	708/2019	Almería	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS	22/10/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c2d50c302904df38/20200218
5	SAP B 99/2019 - ECLI:ES:APB:2019:99	30/2019	Barcelona	FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ	16/01/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc4d750fc896db99/20190125
6	SAP B 146/2019 - ECLI:ES:APB:2019:146	27/2019	Barcelona	ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS	16/01/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7c2b0a277be32d57/20190125
7	SAP B 3721/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3721	217/2019	Barcelona	ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS	15/03/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/292e2445c46a3325/20190507
8	SAP B 3863/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3863	262/2019	Barcelona	MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA	15/04/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8939b1d8e8f0b1bc/20190508
9	SAP B 11500/2019 - ECLI:ES:APB:2019:11500	576/2019	Barcelona	MARIA ISABEL TOMAS GARCIA	25/09/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05ff20e8101495f1/20191018
10	SAP B 13029/2019 - ECLI:ES:APB:2019:13029	719/2019	Barcelona	MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE	31/10/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4358120e11db0fb/20191129
11	SAP C 1458/2019 - ECLI:ES:APC:2019:1458	246/2019	Coruña	PABLO SOCRATES GONZALEZ CARRERO	20/06/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/463ebd63da642e11/20190730
12	SAP CC 583/2020 - ECLI:ES:APCC:2020:583	154/2020	Cáceres	MARIA ROSARIO ROCIO ESTEFANI LOPEZ	29/07/2020	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f6be50a9d32ddb4/20200911
13	SAP CS 32/2019 - ECLI:ES:APCS:2019:32	54/2019	Castellón	JOSE LUIS ANTON BLANCO	17/05/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4545475ea1f5f462/20191017
14	SAP GR 1791/2019 - ECLI:ES:APGR:2019:1791	406/2019	Granada	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ	13/09/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f0261f314e3f568e/20200123
15	SAP HU 19/2019 - ECLI:ES:APHU:2019:19	21/2019	Huesca	ANTONIO ANGOS ULLATE	27/02/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fc975055882ec6f/20190306
16	SAP IB 390/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:390	101/2020	Mallorca	ALVARO LATORRE LOPEZ	12/03/2020	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a0e1bc0cdadf0243/20200508
17	SAP IB 1444/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:1444	241/2019	Mallorca	ALVARO LATORRE LOPEZ	03/07/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2a8e8f4b42f6ff3e/20190807
18	SAP J 1251/2019 - ECLI:ES:API:2019:1251	743/2019	Jaén	ANA MANELLA GONZALEZ	08/07/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/15b955996865c3fa/20200124
19	SAP L 398/2020 - ECLI:ES:APL:2020:398	361/2020	Lleida	ALBERT MONTELL GARCIA	26/05/2020	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/958f4f1c71f20690/20200630
20	SAP LE 631/2019 - ECLI:ES:APLE:2019:631	172/2019	León	ANTONIO MUÑOZ DIEZ	23/05/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a32084cf9a5a032f/20190704
21	SAP MA 1251/2019 - ECLI:ES:APMA:2019:1251	262/2019	Málaga	CARMEN MARIA PUENTE CORRAL	22/03/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b2371298443e9e5/20200127
22	SAP MA 1857/2019 - ECLI:ES:APMA:2019:1857	686/2019	Málaga	CARMEN MARIA PUENTE CORRAL	18/07/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24ba08b584829b0/20200227
23	SAP NA 857/2019 - ECLI:ES:APNA:2019:857	57/2019	Pamplona	EDORTA JOSU ECHARANDIO HERRERA	06/02/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb656bab5e74960f/20191127
24	SAP NA 931/2019 - ECLI:ES:APNA:2019:931	19/2019	Pamplona	ILDEFONSO PRIETO GARCIA-NIETO	18/01/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/855e9e12dd70cea8/20191204
25	SAP S 184/2019 - ECLI:ES:APS:2019:184	27/2019	Santander	JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA	22/01/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b0bea73d1fe35927/20190510
26	SAP SA 568/2019 - ECLI:ES:APSA:2019:568	466/2019	Salamanca	JUAN JACINTO GARCIA PEREZ	30/09/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9e90a3ae9c1de223/20191028
27	SAP T 97/2020 - ECLI:ES:APT:2020:97	70/2020	Tarragona	INMACULADA PERDIGONES SANCHEZ	05/02/2020	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af9bc6e3884ca3cc/20200224
28	SAP T 1414/2019 - ECLI:ES:APT:2019:1414	472/2019	Tarragona	SILVIA FALERO SANCHEZ	18/10/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a9efd193033c2258/20191121
29	SAP TO 451/2019 - ECLI:ES:APTO:2019:451	106/2019	Toledo	EMILIO BUCETA MILLER	10/07/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d90b88596553bfc/20190807
30	SAP V 1604/2019 - ECLI:ES:APV:2019:1604	157/2019	Valencia	MARIA EUGENIA FERRAGUT PEREZ	05/04/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a52252b8df9c3a54/20190605
31	SAP V 3749/2019 - ECLI:ES:APV:2019:3749	398/2019	Valencia	OLGA CASAS HERRAIZ	11/09/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2edc3c94b66c1f84/20191104
32	SAP ZA 357/2019 - ECLI:ES:APZA:2019:357	260/2019	Zamora	MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ	16/07/2019	http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1e1a11c7e8e20e24/20190925

Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.

ANEXO 10. Sentencias que no aprecian *alienación parental* y sí toman en cuenta las opiniones del niño/a.

SENTENCIA 256/2008 DE 7 DE MARZO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA

Revoca la de instancia (Juzgado de lo Penal nº 5 (Bilbao), por presunto delito de desobediencia, que apreciaba *alienación parental* y restaba toda credibilidad al relato del niño.

"(...) descarta (la instancia) absolutamente la existencia de voluntad autónoma en el hijo, juzgando a Fernando como un pelele en manos de su madre, que es quien le induce. No considera la resolución judicial al joven como una persona en pleno proceso de madurez, ni como un ser no autónomo, a pesar de su edad. (...) se nos dice que "con tres años de edad que tenía Fernando en la fecha en que relata los hechos de abuso, no puede recordar nada". Esa absolución se toma como punto de partida para concluir con que el joven ha inventado una historia que no concuerda con la realidad, y que todo ello ha sido manipulado por su madre. Es desde se construye el efecto de valorar, en suma, a Fernando como un ser débil, mentiroso y manipulado. Es ésta la base de la condena, puesto que el Juzgado de lo Penal no asume lo que el joven y su madre mantienen: que es él el que no quiere ver a su padre por los motivos que, reiteradamente, ha venido expresando".

SENTENCIA 399/2015 DE 30 DE JUNIO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

Recuerda que el derecho del art. 9.3 CDN queda condicionado por el interés superior del niño (art.3.1 CDN).

"(...) no ha quedado acreditado que las menores puedan estar condicionadas por lo que su madre les haya dicho, sino más bien por las vivencias experimentadas con su padre, incluso en las visitas en el Punto de Encuentro Familiar", tras reanudarse las visitas suspendidas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. (...) lo más importante no es el propio interés del progenitor, sino el de su hijo menor, derecho fundamental que es recogido en el artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, entendiéndose por la doctrina a la vista del contenido del artículo 39.3 de la Constitución Española, en relación con el 154 , 158 y 160 del Código Civil , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, señalando al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1991 que "las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, de ahí que si bien pueda sentarse como regla general la del contacto directo y regular que los hijos de progenitores que vivan separados deben mantener con los mismos a tenor del principio referido y a que alude el artículo 94 del Código Civil , dicho principio no puede concebirse como absoluto e incondicional, pues en todo caso queda subordinado al interés de los menores (...)"

Recuerda la obligación de tener en cuenta las opiniones del niño.

"(...) el artículo 92.2 del Código Civil impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento del derecho de los niños a ser oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , preceptos que no hacen más que recoger los principios de la citada Convención sobre los Derechos del Niño en cuyo artículo 12 no solo dispone el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, sino que también se proclama que deben tenerse en cuenta las opiniones del niño".

SENTENCIA 30/2019 DE 16 DE ENERO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

No aprecia *alienación parental* y revoca la sentencia de instancia que ordenaba la custodia compartida a pesar de la voluntad contraria de la niña a vivir con el padre:

"(...) sin abrir un paréntesis para que la menor se reoriente, (la custodia compartida) puede producirle un daño en su personalidad. No se trata de mera rebeldía, sino que se ha probado que tiene una base psicológica cierta, puede afectar a su desarrollo psicoemocional y es cierto que el padre no muestra destrezas suficientes para tratar a la hija no ya como una niña, sino como una preadolescente madura". En este caso se acuerda terapia familiar a los padres y apoyo psicológico para la niña, no con objeto de "rehacer el régimen relacional, sino ayudar, los padres, a la niña a superar sus dificultades relacionales, en su propio bien".

ANEXO 11. Sentencias que aprecian *alienación parental* y se aplica la llamada *terapia de la amenaza*, restando validez a las opiniones del niño/a.

SENTENCIA 1720/2019 DE 23 DE MAYO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN

Confirma la sentencia de instancia que acordaba que los niños pasarían a estar bajo la custodia exclusiva del padre, absuelto de un delito por el cumplía orden de alejamiento de los hijos. Se motiva el cambio de custodia en la alienación de la hija y el hijo por su madre, quien no había cumplido, afirma la sentencia, con "el compromiso de reconducir la relación paterno-filial", ni con la responsabilidad de "ofrecer una visión adecuada de su progenitor".

"Es por ello que no se puede justificar la falta de colaboración de la madre en ofrecer a sus hijos una visión adecuada de su progenitor, y en facilitar el necesario contacto de los hijos con su padre, lo que, además, pone en evidencia la incapacidad de dicho progenitor, hasta ahora custodio, de imponer a los hijos de cuya educación es responsable el sentido del deber de cumplir esta obligación natural y de orden público, e implantar los criterios de racionalidad que debe presidir la conducta de los niños".

La sentencia de instancia señala que los niños, a quienes se realizaron buen número de entrevistas, rechazan al padre, lo que se justifica porque están "totalmente influidos" por la madre. Al analizar las alternativas de custodia se aprecia:

"Ambas alternativas presentarían aspectos negativos: La alternativa paterna supondría cambio de entorno, que repercutiría en otros cambios de la situación de los hijos (colegio, amigos...), con la consecuente incertidumbre de resultados. Mientras que la alternativa materna supone mantener a los hijos en un entorno que no favorece una visión positiva del padre ni las relaciones paternofiliales, y el rechazo injustificado de la figura parental y de su familia extensa, es perjudicial para los menores, siendo un factor de riesgo para su desarrollo personal, pudiendo provocarles desajustes a corto y/o largo plazo a nivel cognitivo, emocional o conductual".

Se aplica el cambio de custodia porque están "instalados en una lealtad incondicional a la madre".

SENTENCIA 406/2019 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

Revoca la sentencia de instancia que señalaba que la niña de 4 años estaría bajo la custodia exclusiva de la madre, para pasar a una custodia exclusiva del padre.

La Audiencia no tiene en cuenta el informe del equipo psicosocial que señala que la niña rechaza al padre y presenta una conducta regresiva, y ello porque entiende que puede estar influenciada.

"Si bien el informe del equipo psicosocial aconseja transitoriamente la custodia materna, debido a la conducta regresiva y al rechazo de la menor hacia su padre hasta que ésta no sea vista por un psicólogo infantil que valore si el rechazo se debe a causas intrínsecas o extrínsecas, no podemos obviar que la perito ha declarado que la menor utiliza expresiones no propias de su edad y que sus verbalizaciones son coincidentes con la de su progenitora, lo que puede deberse a que ambas viven juntas o bien a la influencia que la madre pudiera estar ejerciendo sobre la menor; también debe destacarse que en el informe se hace constar claramente que la menor sufre un grave conflicto de lealtades y que la progenitora no le proporciona la máxima estabilidad a la hija menor en común, ya que no posee la rutina adecuada para una persona de su edad, puesto que no acude al centro escolar, a la vez que no conserva los vínculos filiales con el padre, además se destaca que una patología psiquiátrica, influiría directamente en su capacidad parental, necesitando el apoyo de terceras personas, como es el caso, en el que posee tanto la ayuda económica como colaborativa de sus progenitores, si bien la perito en el acto de juicio, a preguntas del fiscal, manifestó que su enfermedad es controlable y no supone riesgo para la menor siempre y cuando se tome correctamente la medicación y cuente con un ambiente familiar adecuado que le ayude.

Se acuerda el cambio de custodia como consecuencia del incumplimiento por la madre del régimen de visitas, ante el riesgo de ruptura del vínculo con el padre, y porque la niña no está escolarizada.

"En primer lugar y tal y como afirmó el Ministerio Fiscal la progenitora ha incurrido en graves negligencias respecto a la menor que desaconsejan el mantenimiento de la custodia, en primer lugar de forma unilateral e injustificada ha cortado la relación paternofilial entre padre e hija y en segundo lugar, pese a no estar la menor en edad de escolarización obligatoria, no se encuentra escolarizada pese a tener más de cuatro años.

(...) Los progenitores no siempre se muestran dispuestos a ofrecer esta colaboración, produciéndose situaciones conflictivas en el régimen de cumplimiento de las sentencias que exigen de una continua intervención de los tribunales y aun de las fuerzas del orden, con las consecuencias negativas que tales situaciones comportan en el estado anímico de los hijos menores.

(...) la protección del superior interés del menor y la conveniencia de que no se rompan los vínculos familiares, se deriva de lo dispuesto en nuestros compromisos internacionales, arts. 3 (LA LEY 3489/1990),1, y 9,3 de la Convención sobre los Derechos del Niño".

Fuente: Elaboración propia. Base de datos CENDOJ. Septiembre 2020.