

1.2. Familia

LAS FUNCIONES DEL PROGENITOR CUSTODIO Y EL DERECHO DE VISITAS DEL NO CUSTODIO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN: DINAMISMO DEL DERECHO DE FAMILIA

Consecuencia de esta característica del Derecho de Familia y de la variabilidad constante de las situaciones, origina que deban resolverse atendiendo a la realidad del momento y siempre en función del interés de los hijos menores de edad.

Figura importante es la del Ministerio Fiscal, que aunque mantuvo la necesidad de otorgar la guarda a favor del padre, debido a que la niña había superado ya la fobia que padecía contra dicho progenitor y se encuentra acoplada al entorno paterno (2), postula que se fije de manera inmediata un régimen de visitas presencial madre-hija de carácter ordinario, con control y seguimiento por parte de los profesionales de Sant Joan de Déu y del SATAF, con la finalidad de llegar a conseguir, en un futuro, una *custodia compartida*, que, tal como resulta del informe emitido por el equipo de Psiquiatría Infantil de dicho Hospital, éste parece ser el deseo de Judith.

La sentencia de Instancia del supuesto que vamos a ver atribuyó la guarda y custodia de la menor Judith al padre, con suspensión del derecho de comunicación y visitas de la madre y de la familia materna con la menor por un período mínimo de seis meses, hasta tanto en ejecución de sentencia, previa acreditación del estado de la menor e informe de los profesionales designados, pueda restablecerse el contacto con la menor.

(1) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 17 de abril de 2008, recurso 837/2007. Ponente: ANGLADA FORS, Enrique. Número de sentencia: 272/2008. Número de Recurso: 837/2007. Diario *La Ley*, núm. 6.960, Sección: La sentencia del día, 4 de junio de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 12853/2008.

(2) En la relación de hechos probados consta como antecedentes que:

A) La falta de contacto padre-hija, que se remonta prácticamente a la fecha de la separación fáctica, que tuvo lugar a mediados del año 2003 cuando Judith aún no había cumplido cinco años de edad, y el dato realmente significativo de que los distintos intentos para restablecer la comunicación y la relación del padre para con su hija resultaron, en todo momento, situación y lugar, infructuosos.

B) La inexistencia de prueba alguna que pudiese acreditar que el padre hubiere en alguna ocasión maltratado, física o psíquicamente ni a la menor, ni tampoco a su esposa y madre de ésta.

C) La realidad de que Judith, durante varios años, ha tenido fobia, animadversión o temor hacia su padre, a cuya conclusión han llegado todos los técnicos —especialistas en psicología y psiquiatría— que han tenido alguna participación en el proceso que aquí nos ocupa.

La Audiencia, en su primera sesión, practicó la prueba pericial-testifical de la psicóloga clínica y forense doña María Rosa S. C., que fue nombrada por la Juez *a quo*, para realizar el seguimiento y la terapia de la niña a los efectos de poder lograr una relación normalizada entre padre e hija, quien, en sus distintos informes efectuados a partir del mes de julio de 2007, ratificados en el acto de la vista, afirma rotundamente que Judith padece un Síndrome de Alienación Parental en grado severo, tal como diagnosticó en su momento el profesor A. y que cuando se celebró la vista, tres meses después de haber iniciado la terapia a Judith, viviendo la niña ya en casa de su padre, mostraba una clara mejoría y ya no presentaba ningún cuadro de ansiedad ni de fobia escolar, como acontecía con anterioridad, y llamaba «papa» al señor D. —esto es, a su padre biológico—, habiéndose integrado muy bien al nuevo colegio.

No obstante la psicóloga forense se mostró muy drástica con la posibilidad de que la madre no pudiera contactar y comunicarse con Judith, incluso transcurrido el período de seis meses de «desconexión» madre-hija fijado por la Juzgadora de Instancia en la sentencia impugnada, el propio Ministerio Público interesó la práctica de una nueva prueba pericial de la niña a realizar por el equipo multidisciplinar de Sant Joan de Déu, pioneros en el estudio de supuestos que afectan a menores de edad, a fin de que emitieran informe de diagnóstico sobre el trastorno emocional o afectivo que pudiese padecer la menor Judith D. L.

En su informe se destaca que «Judith no dispone de recursos psicoafectivos suficientes para afrontar lo que supone, a nivel emocional y relacional, tener los padres separados. En la relación no ha logrado la capacidad de triangular, es decir, ir más allá de una relación dual básica para poder investir afectivamente a terceros y adquirir la flexibilidad emocional para afrontar las pérdidas». «La conflictividad de larga duración entre los progenitores no ha permitido que estas dificultades pudieran resolverse y Judith ha desarrollado la evitación como mecanismo de defensa para protegerse de la ansiedad, pero al mismo tiempo este recurso le ha impedido afrontar el conflicto... Por algunas de las respuestas y actitudes observadas durante la evaluación, también es muy probable que haya estado superprotegida, lo cual ha incrementado la dependencia...» (3).

(3) Tales peritos precisaron que:

A) No han encontrado base, ni motivo alguno para la adopción de la postura de rechazo hacia su progenitor por ella adoptada, dado que no ha relatado vivencias de malestar derivadas de la actuación de su padre.

B) Tampoco han podido determinar que fuere la madre quien impidiese de forma voluntaria la relación de la hija con su padre biológico, sino que fue la niña la que, por mimetismo e identificación con las posiciones de su madre, decidió no querer ver a su padre, y como su madre se lo permitió, en vez de imponerse y convencerle para que se relacionara con su progenitor, Judith, dado que ella no tenía mecanismos suficientes para afrontar la separación de sus padres, fue adoptando cada vez más una actitud «evitativa».

C) Es fundamental que los hijos de padres separados sepan cuál es el rol que les corresponde a éstos, convirtiéndose ello en un reto para los hijos, lo cual no acontecía en el presente caso, en que la actual pareja de la madre era denominada por Judith como «papa Enric».

D) Tras estar la niña habitando desde hace ya unos meses en el domicilio de su padre —quien le marca límites y jerarquía, especialmente para que sea responsable con el tema de los estudios—, Judith ha verbalizado que no encuentra diferencia alguna

Con independencia de que en un primer momento hubiere habido o no una actitud manipuladora, impeditiva u obstaculizadora por parte de la madre para que la niña no tuviera relación alguna con su padre, ha quedado del todo punto demostrado:

A) Una falta de vinculación afectiva entre padre e hija constante matrimonio, dado que por aquel entonces dicho progenitor no se implicaba en el cuidado de la niña, habiendo incluso, por razones laborales, delegado en la madre de la menor todas las necesidades de la misma, lo que comportó que entre ambas se estableciera una especial vinculación y complicidad, convirtiéndose la hija en aliada incondicional de la madre, a quien, además, intentaba mimetizar.

B) Una actitud de la madre —y del entorno materno— poco colaboradora y complaciente con su hija para que la niña, tras la ruptura de la convivencia, no viera a su padre biológico. El padre solicitó el cambio de custodia de la menor, que se acordó por la Juzgadora de Instancia mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2006, en el que se razonaba la necesidad del cambio del régimen de guarda y custodia, debido al incumplimiento reiterado por parte de la madre guardadora de las obligaciones derivadas del régimen de visitas a disfrutar por el progenitor no custodio.

C) Un comportamiento impulsivo y contrario a los intereses de la niña, llevado a término por la madre —y los abuelos maternos— de la misma, quien, en vez de cumplimentar de forma voluntaria lo acordado por la Juez en la indicada resolución, desapareció de su domicilio junto a la menor y la tuvo sin escolarizar durante los prácticamente seis meses que estuvieron en paradero desconocido.

D) Un cambio en los roles familiares, motivado por la conducta condescendiente e indulgente de la madre, en su condición de progenitor custodio, la cual, a fin de evitar posibles enfados con su hija, permitía que ésta tomara decisiones que no le correspondían por su edad, lo que, en definitiva, ha venido a crear un riesgo evolutivo y una confusión acerca de la situación psicoafectiva y relacional de la menor, y ello máxime cuando la niña llamaba al actual compañero sentimental de su madre, «papa Enric».

II. FUNCIONES DEL PROGENITOR CUSTODIO

Al respecto, la Sala quiere significar que, entre las varias funciones del progenitor custodio *se encuentra*:

- La de lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor, para que así éstos, con la triangulación absolutamente ne-

entre la vida de ambos progenitores, especificando seguidamente que «me gustaría poder estar tres días con uno y cuatro días con el otro», si bien los referidos psicóloga y psiquiatra reiteran y explican, en el acto de la vista de la apelación, que la niña aún presenta un funcionamiento dual en la relación con sus padres y que le falta asumir y adquirir la triangulación necesaria para lograr la estabilidad emocional que precisa, por lo que recomiendan la prosecución de una terapia psicológica con la menor.

E) Finalmente, se ha puesto de manifiesto que la medida adoptada por la Juzgadora de Instancia de impedir la comunicación absoluta, durante varios meses, con su madre, la consideran muy radical pero, también tienen que puntualizar, que en el supuesto que aquí nos ocupa, no ha resultado negativa en la práctica, dado que ha permitido abrir nuevos caminos y horizontes en una situación que había quedado estancada.

cesaria, puedan lograr un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad.

- El hijo debe conocer e interiorizar las figuras que corresponden a sus padres biológicos, tanto la paterna, como la materna, las cuales no deben ser nunca sustituidas, ni suplantadas, por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro, como, al parecer, ha acontecido en el caso examinado, pues, al permitir la madre de Judith, que dijera «papa» a su actual pareja, no ha hecho sino coadyuvar a mantener la confusión relacional de la hija, por lo que se refiere a un dato tan trascendente, como es, el saber, sin duda alguna, quién es realmente su padre biológico.

No puede olvidarse, ni ignorarse, que cada persona tiene un rol concreto dentro de la familia, el cual debe quedar fijado y establecido con absoluta claridad para la menor, quien debe asimilar que los respectivos compañeros sentimentales de sus progenitores, por bien que actúen correctamente y muestren cariño hacia ella, no son más que la nueva pareja de su padre o de su madre biológica y que estos últimos, tanto uno, como otra, nunca dejarán de ser, ni perderán la condición de progenitores.

III. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA AL PADRE

Es principio legal establecido en el artículo 82 del Codi de Família, que para la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sometidos a patria potestad ha de estarse a lo que resulte más conveniente para ellos —*favor filii*—, al ser éste el interés más digno de protección; y en el supuesto enjuiciado se considera que se da cabal cumplimiento al principio indicado, atribuyendo la guarda y custodia de la hija de los litigantes, Judith, al padre, manteniendo el actual *statu quo*.

La niña acepta ya a ambos progenitores, se encuentra bastante estabilizada en este momento, aunque precise proseguir con la terapia para aprender a introducir en su vida la triangulación familiar y superar la dualidad relacional que había venido viviendo anteriormente cuando habitaba en casa de su madre.

Además la figura paterna le marca mucho más los límites a seguir e intenta responsabilizar a Judith en mayor medida, lo cual se estima más que suficiente para mantener la custodia de la niña a favor del padre, máxime cuando, de una parte, el cambio en su día realizado por la Juzgadora en el auto de medidas provisionales estaba justificado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 776.3. de la LEC, y, de otra, que un nuevo cambio de guarda en el momento actual podría resultar perjudicial para el desarrollo de la menor, quien precisa de tranquilidad y bienestar en esta concreta etapa de su vida, para llegar a conseguir, antes de entrar en la adolescencia, un pleno equilibrio psicoafectivo y emocional.

IV. PRESTACIÓN DE ALIMENTO DE LA MADRE A LA HIJA

Al atribuirse la guarda y custodia de la hija al padre, la medida relativa a la prestación alimenticia para aquélla a cargo de su madre se confirma en

casación, al tratarse de un deber de derecho natural dimanante de la procreación y que es de ineludible fijación y cumplimiento.

V. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS A LA MADRE

El Tribunal, atendido todo el material probatorio obrante en las actuaciones, llega a la conclusión que no había justificación suficiente para adoptar una medida tan drástica como la acordada, esto es, la privación a la madre de que pudiera ver y mantener contacto alguno con su hija con cierta habitualidad, pues si bien es cierto que ha existido por parte de aquélla un actuar negligente, pasivo y permisivo para con los deseos de la niña, no lo es menos que se le ha «castigado» con una dureza inusual, incluso en todos aquellos casos en que se ha probado la existencia de SAP.

La doctrina jurisprudencial nunca ha acordado tantos meses seguidos de incomunicación de uno de los progenitores respecto de su/s hijo/a/os/as, lo cual conlleva a un aislamiento absoluto de la menor con aquél, que en el supuesto que ahora nos ocupa, lleva ya casi diez meses sin ver a su madre, y solo últimamente empieza a mantener un muy breve contacto telefónico semanal, que se estima del todo punto insuficiente, y ello máxime cuando, según los peritos judiciales de Sant Joan de Déu de constante referencia, «la niña sólo se emociona cuando habla de su madre, dado que teme no poderla ver».

El TS entiende que ya es el momento de empezar a normalizar las relaciones de la niña con sus progenitores, para que la menor pueda empezar a progresar y a madurar como persona, y acogiendo la petición formulada, con carácter subsidiario, por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista del recurso, para el caso de que se mantuviera la guarda y custodia de Judith con el padre, como así se efectúa por el Tribunal, se fija ya un régimen de visitas de la niña con su madre (4).

(4) Incluimos el régimen que determina el TS por su importancia:

«Estableciéndose como tal, el siguiente: fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, y mitad de los períodos vacacionales escolares de verano, Navidad y Semana Santa, con realización de terapia psicológica a la hija y orientación a sus progenitores, que deberá llevarse a cabo por el equipo multidisciplinar del Departament de Psiquiatria Infantil del Hospital de Sant Joan de Déu, la cual deberá iniciarse de forma inmediata y con seguimiento de las visitas por parte del SATAF, cuyos técnicos, tanto de uno como de otro equipo, deberán emitir respectivos informes trimestrales al Juzgado de Manresa de procedencia, cuya Juez, a la vista del resultado de la terapia y de los informes de seguimiento, podrá ampliar, tras el período vacacional estival, si lo estima beneficioso para la menor, el régimen de comunicación y contacto a favor de la madre, en trámite de ejecución de sentencia, en el bien entendido que, si no surge problema alguno, dado que Judith manifestó, ante el psiquiatra doctor G., y la psicóloga señora P. del equipo de Sant Joan de Déu, que no encuentra diferencia alguna entre permanecer con el padre o con la madre, así como expresó su voluntad de “estar tres días con un progenitor y cuatro días con el otro”, ha de tenderse, lógicamente, a la consecución, en un futuro más o menos inmediato, de una custodia compartida, que en la práctica sería lo deseable y redundaría, obviamente, en beneficio de la niña. El régimen de visitas fijado por la Sala se iniciará el fin de semana correspondiente a los días 26 y 27 de abril del año en curso».

VI. COLABORACIÓN DE LOS PROGENITORES EN EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El Tribunal estima que aunque en la actualidad exista una mejor disposición en los dos progenitores, debido a la situación de conflicto habida entre ellos durante un prolongado período de tiempo, considera preciso *exhortarles* para que:

- Colaboren y faciliten al máximo el cumplimiento del régimen de visitas establecido.
- Posibiliten el buen funcionamiento del mismo, actuando con la flexibilidad conveniente, necesaria y suficiente en beneficio de su propia hija, que precisamente se ha convertido en víctima de la desunión y litigiosidad de sus padres.
- Intenten resolver sus diferencias en interés de la misma y evitar hallarse inmersos en procesos judiciales, pues ello resulta totalmente contraproducente para la salud y el equilibrio mental de su hija, ya que lo único que consiguen, adoptando tal errónea actitud y proceder, es perturbar el sosiego y la tranquilidad anímica de la niña, la cual, como antes se ha indicado, precisa de concordia, armonía y consenso de sus progenitores para poder así alcanzar y conseguir, con la ayuda psicológica de los profesionales del Hospital de Sant Joan de Déu, un adecuado desarrollo integral.

RESUMEN

DIVORCIO. GUARDA Y CUSTODIA

Revocación de la suspensión del derecho de visitas de la madre y de la familia materna durante un período mínimo de seis meses, al no existir justificación para tan drástica medida. Aunque la madre ha observado una conducta negligente, pasiva y permisiva para con los deseos de la hija, sin embargo, se la ha castigado con una dureza inusual incluso en aquellos casos en que se ha acreditado la existencia de un síndrome de alienación parental.

ABSTRACT

DIVORCE. GUARDIANSHIP AND CUSTODY

Revocation of the suspension of the mother's and maternal family's visiting rights for a minimum six-month period, as there is no justification for such a drastic measure. Although the mother has been observed to engage in negligent, passive, permissive conduct in response to her daughter's wishes, she has, however, been punished with a harshness unusual even in those cases where parental alienation syndrome has been proved to exist.