

LA LEY

ACTUALIDAD **civil**



NÚM. 10 • OCTUBRE 2022



Director: Xavier O'Callaghan Muñoz
Codirectora: Sonia Calaza López

Actualidad Civil 10/2022

Persona y Derechos

A fondo

- Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la «persona maquina» y su responsabilidad, *Silvia Barona Vilar*
- Hitos estructurales de la discapacidad, *Sonia Calaza*

Opinión legal

- (... pero existe). Sobre la alienación parental y otras fuentes de daños a los menores a causa del conflicto de sus padres, *Jorge Guerra González*

Derecho Inmobiliario

A fondo

- Los contratos de arrendamientos de vivienda en el Proyecto de Ley Estatal de Vivienda, *Elga Molina Roig*
- El subarriendo inconstituido de la vivienda a un tercero para uso turístico, *Maria Jose Moral Moro*

Debate jurídico

- La preferencia del crédito comunitario y su *dies a quo*, coordinado con *Alejandro Fuentes- Lojo Rius* con *Vicente Magro Servet*, *Ángel Carrasco Perera*, *M.ª José Achón Bruñén* y *Francisco M. Echeverría Summers*

Estudio de jurisprudencia

- Interpretación y alcance de las cláusulas penales en los contratos de arrendamiento urbano, *Vicente Magro Servet*

Derechos Reales e Hipotecario

Opinión legal

- La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario, *Mateo C. Juan Gómez*

Derecho Internacional Privado

A Fondo

- Prueba y alegación del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado europeo y español. La influencia de las Partidas y de Jacobo de las Leyes, *Isabel Lorente Martínez*

Opinión Legal

(... pero existe). Sobre la alienación parental y otras fuentes de daños a los menores a causa del conflicto de sus padres

Jorge Guerra González

Dr. iur., B. Sc. Psicol. Lic. eoc.-eco

Resumen: Con la aprobación de la LO 8/21 de 4 de junio, en especial en lo que concierne a su art. 11 III, se abre la puerta a una censura y a una inconsecuencia sin precedentes en nuestra democracia. La misma Ley, dirigida en teoría a la protección de los menores, tiene efectos inmediatos en su desprotección ante una suerte de violencia normalmente no física proveniente en general de sus padres: la llamada alienación parental. Dicha Ley, no sólo niega su existencia —y, por lo tanto, la de sus víctimas—, sino que dogmáticamente pretende cegar el camino de la contradicción factual del más que contestable acto de fe que ella misma proclama. Dado que la Ciencia debe actuar guiada por otros fines distintos a los volitivos o subjetivos en la búsqueda de la verdad, se hizo necesario llevar a cabo un estudio cuantitativo y cualitativo realizado en adultos. Este estudio demuestra que aquellas personas que en su infancia sufrieron de una alienación parental tienen peor salud física y psíquica y una menor satisfacción vital que aquéllas que conocieron en su infancia la separación de sus padres, y mucho peor que aquellos cuyos padres permanecieron juntos durante su minoría de edad. Luego la alienación parental, no sólo existe, sino que puede y debe ser evitada.

«... Eppur si muove»

Galileo Galilei

Y el Proyecto se hizo Ley: La Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Según ella (art. 11 III), no hay tal cosa llamada «alienación parental» (AP).

A la Ley le parece impensable que en medio de una trifulca familiar, frecuentemente en el marco de la separación de los padres, puedan estos caer en la tentación de malmetter a sus hijos contra el otro progenitor. Estima, a la sazón, imposible que tales hijos, menores de todas las edades, en dicha turbulenta situación, no declaren otra cosa que su voluntad firme, estable y libre por demás.

Estarán conmigo en que esto es un poco raro. Y eso que la cuestión no es baladí: con esta discreta apreciación se aleja la LO del valor de voluntad de los menores en el resto del sistema jurídico, pues sólo en Familia no sería necesario distinguir entre palabras, voluntad o bien superior del menor. Sólo en Familia se le daría un peso adulto a las palabras de un menor, tengan la edad que tengan. Y es que la LO obliga a que lo que diga el menor se corresponda directamente con su bien superior.

Es cierto que esto simplifica mucho las cosas —se hace lo que digan el niño o la niña, sin hacer más cábalas—. Pero se llega a contradicciones difíciles de digerir: por ejemplo, que la patria potestad se convierta en un bien a disposición de la «voluntad» de los menores bajo custodia («ya no quiero volver a ver a papá/mamá»). El legislador nos transmite así que los menores, por alguna razón que no se tiene a bien explicar, están suficientemente preparados para asumir tal responsabilidad y las consecuencias para su vida (eso sí, sólo en cosas familiares). Teniendo en cuenta —una nimiedad— que la patria potestad está para proteger al menor, y la presunción de su existencia es la incapacidad del menor en distinguir lo mejor para él.

Así ya se puede apreciar que no es irrelevante el cambio que se cuele por el art. 11 III de la LO.

Recordemos que tal artículo dispone que *«los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para evitar que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración»* (1).

Con esta formulación, la Ley va incluso más allá de negar la existencia misma de la AP: convierte a dicha negación en un dogma de fe. Esto significa, a contrario, que la afirmación de que existe la AP alcanzaría para la LO el grado de herejía. Por lo que ella misma propone sancionar tal atrevimiento «tomando las medidas necesarias». En esto la LO es, cuanto menos, consecuente —en su sinsentido—.

El problema es que, por un lado, es muy difícil comulgar con ruedas de molino cuando uno tiene que tratar de solucionar estos dolorosos casos prácticamente a diario.

Y que, por otro, clama al cielo que una LO de protección de los menores sirva de base principal para desproteger a los mismos. No se me ocurren muchas más normas que zarpen con un boquete de serie en su misma línea de flotación.

Me gustaría en esta breve digresión explicar brevemente ambos puntos antes de pasar al objeto del presente artículo:

— Les decía que contarme a mí o a otros y otras colegas (de cualquier profesión en Familia, me atrevería a asegurar) que no hay AP sería equivalente a decir en un taller que no existen los coches o en un colegio que no existen los escolares.

En mi función de guardador del régimen de visitas me dedico a hacer cumplir los regímenes que ordenen las correspondientes sentencias de tribunales de familia. Tal función, prevista para casos previsiblemente complicados, existe de momento únicamente en Alemania, a mejor saber y entender.

La figura está regulada en § 1684 III y IV BGB y es de creación jurisprudencial relativamente reciente (unos 15 años). En un alarde creativo nunca lo suficientemente reconocido, varios tribunales de apelación teutones idearon casi de manera simultánea dicho guardador con el fin de impedir el abuso mencionado de ley a costa de los menores: que el contacto de los hijos con un progenitor quedase al arbitrio del otro.

Pero la ontología de dicha figura evidencia algo más: que tales tribunales de apelación y después el legislador federal alemán tenían la realidad de la AP en mente cuando crearon la figura —si no, no la habrían creado—. *Eppur si muove*. Luego la AP existe. Por lo menos en Alemania, claro.

Sin embargo, que tampoco este virus conoce fronteras lo supimos nosotros a nivel general-mediático, a más

tardar, tras las desgarradoras declaraciones de Rocío Carrasco a este respecto el año pasado. Estas pueden ser consideradas la punta del iceberg, pensando que el sufrimiento del ciudadano medio tiene una repercusión inferior en los medios de comunicación de masas.

— El otro aspecto mencionado es la trascendencia de lo que estamos hablando. Es cierto que lo peor que le puede pasar a un tema es que se convierta en político, porque entonces la lógica de los hechos suele ceder ante otros intereses. Desafortunada —e inexplicablemente— este el caso de la AP y de la aprobación de la mencionada LO por nuestro Legislativo.

Lo que es indudable es que no estamos debatiendo sobre el sexo de los ángeles, o sobre si el turquesa es más verde o más azul. Con mínimas que sean las nociones de sentido común —no creo que haya que ser experto en psicología del desarrollo y de sus conexiones con la psicología clínica para esto, pero tampoco estaría de más— se tiene que llegar a la conclusión de que el cortar torticeramente la relación de los menores con alguno de sus padres sin motivo alguno relacionado con su mejor interés —y más involucrándolos en el conflicto parental— tiene que tener consecuencias potencialmente gravísimas para la vida adulta de los menores implicados.

Si esto fuera así, **cada día que permitamos la existencia de este boquete en la línea de flotación de la LO, cada día que no pongamos remedio a las aberraciones que la AP podría suponer para tantos niños y niñas (y para sus familias), serán días perdidos de paz y salud o ganados de sufrimiento y dolor.** Lo que es especialmente lamentable, pues ambos aspectos son perfectamente evitables.

Pero esto ya lo he dejado dicho con anterioridad, por lo menos en su esencia, y el efecto fue escaso —por decirlo de manera que me dé un poco de ánimo—.

Ante tal éxito me propuse iniciar otro camino, el de los hechos científicos, abandonando momentáneamente el de los argumentos lógico-ético-jurídicos. ¿Entiendo que colocándome al margen de la LO? Espero que no. Bueno, un poco, sí. En tal caso ruego que se considere que actuó de buena fe, y en Derecho, apoyándome directamente en nuestra CE (arts. 10, 14, 15), tratando de reconducir a la LO a su norma fuente. Y aprovechando que las «medidas necesarias» no han sido desarrolladas todavía —de momento—.

En todo caso, pudiera parecer que con esta censura previa, la LO pretenda —¿hábilmente?— impedir la posibilidad de contradecir la base de su fe. Diciendo al mismo tiempo: «así son las cosas» y «no pueden ser de otra manera» (bueno, y también: «cuidadito con llevarme la contraria»).

El caso es que entiendo que estamos en el terreno del Derecho Positivo, y que éste ha de basarse en hechos y no en creencias, con lo que no queda más remedio que salirse de la Ley para poder corregirla.

Para ello sería imprescindible reflejar con un estudio científico lo más sólido posible si es verdad que los menores sufren efectos negativos a consecuencia de la AP. Si esto fuera así, tal estudio serviría de señal de alarma para la revocación y mejora de nuestros actos por ser perjudiciales para con los menores a nuestro cargo.

Con este fin me puse manos a la obra y diseñé y llevé a cabo un **estudio comparativo entre tres grupos de adultos**. Aquéllos que han crecido en un hogar intacto (A), aquéllos que lo hicieron en uno en el que sus padres se separaron antes de su mayoría de edad (B) y aquéllos en los que se produjo una AP durante su infancia (C).

Las hipótesis de partida eran dos. Los adultos del grupo C tienen peor salud mental y física así como una calidad de vida inferior a las del grupo B y las del grupo A. Los adultos del grupo B tienen peor salud mental y física así como una calidad de vida inferior a las del grupo A.

El estudio fue prerregistrado (2) para velar por la autenticidad de sus resultados y del proceso de llegar a ellos.

Se reclutaron 55 participantes (Grupo A: 18, Grupo B: 20, Grupo C: 17). Cada uno relleno tres cuestionarios validados y se sometió a una misma entrevista semiestructurada.

La participación estaba limitada para lograr la mayor comparabilidad posible entre los hallazgos. Es decir, para que las posibles diferencias encontradas entre los grupos sean más fácilmente atribuibles al modelo familiar vivido por el participante durante su infancia. Por ello, 1) todos ellos debían ser adultos, 2) haber crecido en la cultura alemana y 3) en familias en donde no hubiera habido una violencia familiar constatada judicialmente.

Se efectuó una doble valoración de los datos obtenidos:

- Una, cuantitativa, con más de 200 variables a partir de los cuestionarios, de las preguntas hechas a todos los participantes durante las entrevistas y de 28 dimensiones extraídas de estas por dos evaluadores independientes, la concordancia de cuyos resultados debía ser constatada como significativa (interrater reliability) —como así fue.
- La otra, cualitativa, a partir de la transcripción de cada una de las 55 entrevistas, que fueron analizadas sobre la base de 101 códigos, resultando 2381 segmentos transcritos codificados.

De sus resultados acaba de informar Der Spiegel (3), así como otros medios en el ámbito germanohablante.

El estudio confirma ambas hipótesis de manera concluyente.

Es decir: subrayando que nos referimos a valores promedio, los antiguos menores víctimas de una AP lo tienen peor en la vida adulta que los demás hijos de familias cuyos padres se separaron, y mucho peor que los que crecieron en familias tradicionales, intactas, donde los padres les acompañaron toda su infancia. Tanto su salud mental como su salud física son significativamente más bajas, lo mismo su calidad de vida (entendida como satisfacción vital). A consecuencia de ello tienen menores perspectivas a nivel socioeconómico —inferiores formación y empleo, estos peor remunerados y con inferior prestigio social—, con lo que se deriva de ello —más reducida jubilación, mayor dependencia socio-económica y una vulnerabilidad en general más elevada—. Igualmente, tienen mayor tendencia a caer en sustancias nocivas, quedan más abocados a caminos al margen de la ley, etc.

Como referencia, apuntar que el estudio también confirma que los adultos que crecieron en familias de padres separados alcanzan en estas dimensiones valores significativamente más bajos que los que crecieron en familias tradicionales, pero en menor grado.

Entre nosotros: no me digan que les he dado una sorpresa. Pero creo que a veces es bueno ver las cosas negro sobre blanco —el tremendo perjuicio a evitar— fuera de toda especulación. Así es más fácil animar a todos y a todas a hacer lo posible por impedir lo perjudicial e incidir en lo beneficioso de nuestro comportamiento. El fin no es otro sino proteger y beneficiar de manera fehaciente sobre todo a nuestros menores, por encima de creencias no basadas en hechos corroborados científicamente.

En esto, mi estudio ofrece una utilidad adicional: da pistas concretas sobre causas y otros efectos referidos a lo expuesto —que probablemente tampoco resultarán especialmente sorprendentes— respondiendo a la pregunta: ¿A qué se debe la diferencia entre los grupos?

1. Según los resultados obtenidos, a mayor afecto o cariño recibido cuando somos niños, más protegida estará nuestra salud y mayor será nuestro bienestar en la vida adulta.
2. Esto se puede decir también del apoyo, de la fortaleza del vínculo/apego con los menores o del contacto (de los padres) con los mismos. Cuanto más alto sea su grado, mayor será el efecto protector en el futuro adulto, más resilientes serán estos ante circunstancias adversas.
3. Por el contrario: cuanto más convivan los menores con el conflicto de sus padres (presumiblemente, cuanto más profundo sea el mismo, cuanto más dure, cuanto más jóvenes sean los menores) más desprotegidos quedarán

después.

4. La máxima desprotección, el nivel más alto de consecuencias negativas se obtiene cuanto más se involucre a los menores en tal conflicto.

Esto daría pistas fundadas sobre las diferencias entre los grupos —y no el hecho de la separación paterna, o de haber sido alienado en la infancia—. Así hay participantes del grupo A cuyos resultados están más cerca del promedio de B —o viceversa— según el permanecer en el hogar con padres formalmente juntos haya expuesto a los hijos a dosis inadecuadas y perjudiciales de conflicto, o reducidas de afecto. Del mismo modo, hay integrantes del grupo B con resultados similares al promedio de B, según la separación se haya efectuado de manera respetuosa y protectora de los menores.

Ahora imaginen que la AP se caracteriza por la instrumentalización de los menores para fines de los adultos responsables a costa del interés superior de aquéllos. Esto conlleva casi invariablemente una porción reducida de afecto, de apoyo, de relación, contacto o apego y una sobredosis de conflicto o de implicación en el mismo, lo que explica el inmenso daño potencialmente causado a los menores afectados.

Ante este juego de causas y efectos, el balón de la responsabilidad regresa a los padres, pero no sólo a ellos. También a un sistema mismo cuando no asesora para la conciliación y el equilibrio, cuando no contribuye a arreglar los problemas, cuando juzga más que integra. O cuando, por negligencia, permite tales resultados sin actuar para evitarlos, si es que no contribuye directamente a avivar más el conflicto. Por cierto, otro resultado claro de mi estudio es que los profesionales de este sistema no quedan en absoluto bien parados, sino más bien todo lo contrario. Un sistema del que formo parte, con lo que asumo mi parte del tirón de orejas.

Lo que este estudio no encuentra es un síndrome de la AP. Hay que tener en cuenta que, en Medicina, un síndrome es un conjunto reconocible de síntomas. Por ejemplo: tristeza, falta de energía, visión negativa de sí mismo, o del propio porvenir, etc. son síntomas que describirían el síndrome «depresión».

Los síntomas advertidos sobre todo en los participantes del grupo C son evidentes, pero difieren demasiado entre sí como para resultar un marco reconocible inequívocamente. Y tampoco sería clara su diferencia con los síntomas obtenidos en el grupo B.

Además, este estudio, principalmente en su parte cualitativa, hace el hallazgo de una definición precisa de AP más complejo de lo esperado. A tenor de los participantes parece haber varios caminos distintos que llevan a ella.

Finalmente, tal estudio no asocia la AP u otros efectos (separación, conflicto, etc.) a un género/sexo determinado. Esto indica que pueden ser otras las circunstancias decisivas en su formación y desarrollo diferentes al sexo/género de sus actores.

En cambio, sí percibe indicios de un efecto intergeneracional en cada uno de los grupos. Es decir, parece significativamente plausible que los menores que crecieron en unas condiciones —ventajosas o desventajosas— las reproduzcan cuanto sean adultos es sus propios hijos e hijas. Esto puede ocurrir a través de diversos mecanismos (roles y vivencias aprendidas, modelos observados, ausencia o carencia de recursos adquiridos, etc.). Lo que no deja de ser un acicate para todo el sistema, para toda la sociedad, de repetir lo bueno y evitar lo malo, porque nuestras decisiones trascenderán nuestra generación —pura dimensión social de la sostenibilidad—.

En resumen: este estudio implica por lo menos lo siguiente:

- Prudencia. Entiendo que el mismo y sus resultados han de ser replicados por otros estudios científicos realizados en otros contextos, así como profundizados muchos de los aspectos que sacan a la luz, para poder entenderlos mejor. Es decir, empujan a lo contrario a lo que prescribe la LO: a producir más ciencia, más investigación, a

trabajar con más transparencia y apertura —a ser posible, sin censura alguna—.

- Acción. Los resultados son elocuentes, pero no concluyentes (lo que en psicología, por otra parte, es prácticamente imposible). Ahora podemos hacer como con el cambio climático —seguir negándolo hasta que no quede más remedio, perdiendo un tiempo valioso y continuando desprotegiendo a los más frágiles de entre nosotros—. O podemos actuar ya —digamos «preventivamente»—. Y en este caso, piensen en los niveles que tal acción implicaría para que fuera efectiva (padres, sistema de familia, política, salud, economía, etc.) y en la profundidad de la intervención que sería necesaria. Pues eso.
- Proyección. El estudio enfoca directamente a la visibilidad de las víctimas de la AP, pues lo son por partida triple: 1) Por esa infancia dolorosa sufrida, 2) por negar la sociedad la existencia de lo vivido (para muestra, una LO) y, por demás, la suya como damnificados, y, en consecuencia, 3) por impedirles el acceso a tratamientos específicos, o que los profesionales aprendan a afrontar y prevenir el fenómeno, o que se encuentre interés y financiación para conocerlo, evitarlo y tratarlo de manera adecuada, previniendo en lo posible su aparición futura.

Este estudio será publicado a lo largo de este año. Me gustaría compartir esta primicia con ustedes por la celeridad de los cambios a efectuar. Cuanto antes se lleven éstos a cabo, y entonces con la debida amplitud y calado, mejor.

LA LEY adquiere todos los derechos de explotación de la obra y tendrá plena libertad para ejercerlos, incluyendo hacerlo por si misma o a través de otras personas físicas o jurídicas o entidades. También tendrá plena libertad para decidir las formas de reproducción de dicha obra, que podrá efectuar tanto en forma de libro (de hojas intercambiables o no), como en soporte informático, electrónico o magnético, tanto en CD ROM, como en sistema on line, DVD o Internet, etc. Asimismo, tendrá derecho a decidir la presentación de la obra (formato, tamaño, etc.), su posible reproducción en forma resumida, abreviada, comprendida o integrada en otras obras o colecciones, total o parcialmente. LA LEY está facultada para decidir la edición, publicación y venta de la obra y sus actualizaciones a todo el mundo, a traducirla a cualquier idioma, así como a realizar cuantas ediciones considere convenientes. Lo anterior no será de aplicación en los casos en los que se haya firmado con el autor un contrato específico de edición.

La difusión pública por cualquier medio (páginas webs, blogs, newsletter, repositorios universitarios, redes sociales...) de los trabajos publicados en *Actualidad Civil* deberá ser autorizada expresamente por LA LEY.

(1) Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Artículo 11 LO 8/21. Derecho de las víctimas a ser escuchadas.

1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para

garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana.

3. Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.

(2) <http://dx.doi.org/10.23668/psycharchives.6518>

(3) <https://www.spiegel.de/familie/scheidung-der-eltern-wie-es-erwachsenen-trennungskindern-geht-a-b97158ac-710b-46a0-8892-00954f2f0f80>

