

**DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DERECHOS DE LOS PADRES: UNA MIRADA
A LA PENSIÓN ALIMENTICIA, AL RÉGIMEN DE VISITAS
Y A LA “ALIENACIÓN PARENTAL”
ENTREVISTA CON SALIM ZAIDAN***

**THE RIGHTS OF CHILDREN AND THE RIGHTS OF THEIR PARENTS: A REVIEW OF
ALIMONY, VISITATION, AND “PARENTAL ALIENATION”
AN INTERVIEW TO SALIM ZAIDAN**

**DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS PAIS: UMA VISÃO SOBRE A PENSÃO DE
ALIMENTOS, AO SISTEMA DE VISITAS E A “ALIENAÇÃO PARENTAL”
ENTREVISTA CON SALIM ZAIDAN**

*Paúl Pérez Vásquez***

**Entrevista realizada el 22 de noviembre de 2019
Quito, Ecuador**

* Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad Católica del Ecuador.

** Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad de las Américas.

PAÚL PÉREZ (PP) ¿Cuál es el fundamento para considerar como violación a los derechos humanos al “trato discriminatorio” que reciben los padres por parte de los operadores de justicia, entes privados o públicos?

SALIM ZAIDAN (SZ): El punto inicial para el análisis de cualquier problemática de la niñez, debe ser el catálogo de derechos de este grupo de atención prioritaria. Primero, considerar que los niños pertenecen a un grupo de atención prioritaria. En segundo lugar, que los titulares de los derechos son los niños y los obligados son los padres. En tercer lugar, un principio que es súper importante, el principio de la corresponsabilidad parental, que implica igual proporción en la distribución de responsabilidades.

Tenemos tres ejes que están establecidos en la Constitución y que nos permiten afirmar que existe un trato discriminatorio en perjuicio de los padres que finalmente afecta a los niños. ¿Por qué razón? Porque a los niños, en el momento en que son reconocidos como actores sociales, que es una perspectiva que en la doctrina ha calado mucho, y no solamente como simples objetos de tutela, se les reconoce cierto margen de autonomía para elegir con quién y cómo relacionarse.

Es decir, tenemos un primer punto de partida que es la Constitución. Ésta es el marco de referencia, para el desarrollo legislativo, para la formulación de las políticas públicas; sino se respeta la Constitución y, sobre todo, uno de los principios básicos de la aplicación de los derechos que es el principio de igualdad, difícilmente se van a proteger el resto de derechos. En consecuencia, los principios rectores para mí, son el interés superior del niño, el principio de igualdad y el principio de corresponsabilidad parental, para reafirmar la necesidad de garantizar que el niño crezca con ambos padres, al margen de la relación de pareja.

PP: Y, en ese sentido, ¿Por qué se sostiene desde diversos espacios de la sociedad, que las leyes ecuatorianas se enfocan exclusivamente en resolver conflictos de disputas con los hijos y no en tratar aquél gran principio establecido en la Constitución como es el de corresponsabilidad?

SZ: Yo creo que buena parte del marco jurídico ecuatoriano es represivo, es castigador, antes que preventivo. Poco o nada se hace para formular políticas públicas orientadas a prevenir escenarios de violación de los derechos de los niños, poco o nada se hace para evitar escenarios de violación de las decisiones judiciales relacionadas con el ámbito afectivo. Casi todo está centrado en las pensiones alimenticias y en un sistema de fijación y cobro de pensiones, que se enfoca en el castigo. No se incentiva a los padres a cumplir con su obligación de manutención de buena fe, sino bajo la amenaza del castigo.

PP: ¿Represión?

SZ: Claro, básicamente si es que alguien no paga dos o más pensiones alimenticias al sistema no le “interesa” indagar por qué no paga, asume que es por irresponsabilidad.

No reconocen que puede ser por incapacidad. A eso responde el debate que se generó hace un par de años en la Corte Constitucional. Tuvo que presentarse un caso emblemático, como parte del litigio estratégico para que se pueda visibilizar la problemática en la que se encontraba un grupo de padres, que no se estaban en una situación de no querer pagar pensiones alimenticias, sino que no podían hacerlo porque estaban enfermos con cuadros críticos. Un padre que padecía una enfermedad catastrófica, sometido a quimioterapia, fue privado de su libertad a través de la figura del apremio personal, por no pagar pensiones alimenticias. Cuando él le explicó a la jueza que definitivamente no podía pagar, porque no podía trabajar, no podía generar recursos, no tenía ingresos con qué cubrir la pensión alimenticia, no le importó a la administración de justicia y automáticamente le giraron la boleta de apremio, entonces, esa es la confirmación de que el sistema de niñez, pero sobre todo el sistema de cobro de pensiones alimenticias, está diseñado bajo un enfoque represivo. No se alienta al cumplimiento responsable de las obligaciones por parte de los dos padres.

Inclusive, para quien incumple el *régimen de visitas*, hay la posibilidad de pedir privación de libertad. Entonces, ir a la coerción y a la coacción, para hacer efectivas las obligaciones de los dos progenitores, es

una señal de que definitivamente nuestro ordenamiento jurídico está orientado hacia la represión antes que hacia el cumplimiento de buena fe de las obligaciones como madre y padre.

PP: ¿Para el ejercicio de la paternidad y maternidad?

SZ: Sí, para alentar el ejercicio responsable de la maternidad y la paternidad.

Hay un error de origen. En el desarrollo legislativo, en la práctica judicial, no aplican los principios constitucionales. Se debería partir por el principio rector, que es el del interés superior del niño, después bajar al principio de corresponsabilidad parental y de igualdad, para establecer una regulación que no discrimine y esté orientada a satisfacer el interés superior del niño, empero, como este último es un concepto jurídico indeterminado, es de difícil aplicación. ¿Qué es lo que se exige en la administración de justicia para que se aplique adecuadamente el interés superior del niño? Que haya una suficiente carga argumentativa por parte del juez, que justifique en base a los antecedentes de hecho aportados por las partes y las pruebas introducidas en el proceso, qué es lo más conveniente para el niño en cada caso en particular. Entonces, el interés superior del niño no se aplica automáticamente, se aplica en función del interés superior de “aquel niño” al que van a proteger a través de esa decisión judicial.

Inclusive el Código de la Niñez faculta al juez para que, en caso de que exista acuerdo, no lo considere, si el mismo no es conveniente para el niño. El problema aquí es que, a mi criterio, se le empodera demasiado al juez y no necesariamente estamos siempre frente a un juez adecuadamente seleccionado, que ha sido capacitado, que ha pasado por pruebas psicológicas, que garantice imparcialidad; incluso, en ocasiones, su mala experiencia personal es proyectada al momento de resolver el caso y eso obviamente contamina los procesos.

PP: He escuchado algunas entrevistas tuyas en distintos medios de comunicación, y me han llamado la atención, ciertas afirmaciones como aquella sobre que los niños en el Ecuador son afectados por un

fenómeno social llamado por usted “obstrucción de vínculos parentales”. ¿Nos puede aclarar el significado de este fenómeno?

SZ: La obstrucción de vínculos parentales es el impedimento por parte de un progenitor o un integrante del entorno paterno o materno, para que el niño se relacione con el otro progenitor o con el otro entorno. Ese impedimento puede implicar la imposibilidad de comunicarse con un hijo, la imposibilidad de generar un vínculo afectivo, la imposibilidad de compartir espacios de distracción, de entretenimiento o de acompañamiento en las tareas escolares, puede ser un impedimento para atender los problemas de salud de un hijo.

La obstrucción de vínculos parentales es un fenómeno pluriofensivo, afecta principalmente al niño porque no le permite acceder a los cuidados del padre, se lo priva de su afecto, del entorno paterno.

¿Por qué pongo énfasis en el entorno del padre? Porque con la preferencia legal a favor de la madre para la custodia de hijos menores de doce años, generalmente tenemos a un *actor no custodio* que es el padre, un padre periférico o ausente, que también es afectado.

PP: Lo dicho, ¿Quiere decir que a los niños se los puede someter a un tipo de alejamiento forzado por parte de los progenitores?

SZ: Claro.

PP: ¿Podría darnos algún ejemplo?

SZ: En el artículo 67 del Código Orgánico de la Niñez, encontramos una definición de maltrato muy amplia. La obstrucción de vínculos parentales es una especie de maltrato infantil que, sobre todo, produce violencia psicológica en perjuicio del niño y que puede llegar a repercutir o puede tener afectaciones en el progenitor que está impedido de tener relación con su hijo. Se trata de una problemática pluriofensiva, que no solamente afecta al niño, afecta también al progenitor que ha sido dejado de lado, por ejemplo, en el caso del padre, este perjuicio se extiende a la abuela paterna, al tío paterno, etc.

PP: ¿Qué es la alienación parental?

SZ: La alienación parental es inducirle al niño a rechazar al otro progenitor. Existe una ley en Brasil que es la ley del SAP, la ley del Síndrome de la Alienación Parental. Esta ley te define lo que es el síndrome de alienación parental. Se trata de, al menos, violencia psicológica, maltrato infantil, pero los operadores de justicia no están preparados para responder frente a una medida de protección fundamentada en la alienación parental.

PP: ¿Existe algún organismo internacional o nacional especializado en el tema, que ha concebido a la alienación parental como una patología médica? O, ¿Se trata más bien de maltrato psicológico?

SZ: Claro. El síndrome de alienación parental es definido como un proceso de denigración hacia un progenitor, previamente querido por el niño. Se inicia instigando temor, animadversión hacia el otro progenitor. La Organización Mundial de la Salud (OMS) generalmente publica un catálogo de enfermedades y patologías. Inicialmente, existía el reparo de ciertos grupos opuestos a que la alienación parental conste en el Código de la Niñez como una problemática frente a la cual se debería actuar, porque no estaba catalogado como síndrome. En la nueva Guía CIE-11 sobre enfermedades de la OMS de 2018 o 2019, no recuerdo con exactitud, en el índice ICD-11, la “Alienación Parental” está asociada como un “Problema de relación entre el cuidador y el niño.” Este código está en el capítulo “Factores que influyen en el estado de salud”.

Más allá de si se considera o no como síndrome, la alienación parental existe y puede ser encuadrada como un caso de violencia psicológica al niño o como un caso de maltrato infantil, un concepto amplio que está en el Código de la Niñez, ampliamente definido, justamente, para justificar la intervención de la justicia a través de las medidas de protección.

PP: Síndrome de alienación parental y alienación parental, ¿son lo mismo?

SZ: No. Desde el punto de vista técnico, un síndrome obviamente tiene efectos mayores.

La Ley del SAP en Brasil, en el primer artículo señala que: “se considera un acto de alienación parental la injerencia en la formación psicológica del niño o adolescente, alentado o inducido por uno de los padres, abuelos o por quien tenga autoridad sobre la custodia o vigilancia del niño o adolescente con el fin de que el niño renuncie al progenitor alienado o que cause un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de los vínculos con este último”. Esta ley ejemplifica formas típicas de alienación parental, como obstaculizar el ejercicio de la patria potestad, es decir, no tomar en cuenta a uno de los progenitores para las decisiones importantes que beneficien a su hijo, entorpecer los contactos con el niño o adolescente con el progenitor alienado, obstaculizar el ejercicio del derecho regulado de visitas, omitir deliberadamente información personal de interés para el progenitor alienado. Me llama la atención que, en Brasil, una de las figuras típicas de alienación parental que menciona el artículo citado, es cambiar la dirección del domicilio a un lugar remoto sin justificación, con el fin de dificultar la convivencia del niño con el progenitor alienado. El cambio de residencia es muy común, muchas veces de una manera inmotivada, solamente para alejarte de tu hijo o de tu hija, se trasladan a lugares distantes no solamente a otros cantones sino a otros países y eso dificulta obviamente el contacto y el vínculo afectivo. Esas son formas típicas de alienación parental.

PP: ¿La alienación parental podría ser concebida como una causal para la privación o pérdida judicial de la patria potestad?

SZ: Me parece que hay que evidenciar tres escenarios. Una es la privación de la patria potestad, otra es la suspensión de la patria potestad y, otra es la imposibilidad de tener la mal llamada tenencia o custodia.

PP: Digo esto porque la primera causal de pérdida de la patria potestad prescrita en el artículo 113 del CONA, es el maltrato psicológico grave.

SZ: Claro.

PP: Entonces, si estamos hablando de maltrato infantil que está muy vinculado al maltrato psicológico, ¿Podríamos considerar a la alienación parental

como causal in extremis para una potencial privación de la patria potestad?

SZ: Creo que si hay reincidencia, por ejemplo, definitivamente no hay que descartar la privación de la patria potestad.

Cuando existe un caso ya demostrado, constatado, a través de la valoración de los profesionales que integran la oficina técnica, podría hablarse en un primer momento nada más de una suspensión, es decir, con posibilidad de recuperar la patria potestad, cuando se haya demostrado un cambio en cuanto al ejercicio de la paternidad o la maternidad. Por otro lado, está la imposibilidad de tener la tenencia, si es que ya se tiene un antecedente negativo, si se ha ocasionado efectos psicológicos a un hijo producto de la alienación, yo creo que cuando menos debería pensarse en el impedimento de ostentar la tenencia.

Entonces, dependiendo de la valoración psicológica, del grado de afectación que ha tenido el niño, debería determinarse si es que solamente se excluye la posibilidad de la tenencia, si es que se la suspende o si, en caso de reincidencia o de una sistemática alienación parental, se deriva en la privación de la patria potestad.

PP: ¿Por qué los operadores de justicia se niegan a considerar a la alienación parental como una forma de maltrato infantil?

SZ: En Ecuador, un avance importante se dio cuando el Consejo de la Judicatura decidió capacitar a los jueces de Guayaquil sobre el SAP. En efecto, muchos jueces o no le daban la importancia que tenía el SAP o no lo conocían o no lo aplicaban en los procesos judiciales. Entonces, el hecho de que se haya capacitado a los jueces representó un avance en el sentido de que ya podían tomar en cuenta la alienación parental como un factor a considerar al momento de resolver, a quién conferir la custodia o qué decisión tomar en cuanto a la patria potestad.

Existe un prejuicio y un estereotipo que está muy enraizado en la sociedad y, sobre todo, en los operadores de justicia, que es el creer que siempre el padre es violento, creer que el padre siempre es el irresponsable,

que la madre siempre es la víctima, que la madre siempre es responsable, cuando existen padres y madres responsables, padres y madres irresponsables y violentos. La clave es analizar caso por caso. Se tiene que hacer una valoración de las aptitudes y comportamientos parentales en cada caso en particular, una valoración de cada niño en cada caso.

Hay que cambiar la mentalidad de la gente. Se debe capacitar a los jueces para que conozcan cuáles son las problemáticas más comunes de los niños; entiendan cómo se producen a través de una explicación, por ejemplo, de un psicólogo; cómo se producen estos fenómenos y, después analizar qué posibilidades de actuación tienen ellos. Ahí viene un tema sustantivo complementado con lo procesal, qué herramientas pueden utilizar los operadores de justicia para proteger a un niño alienado, qué procedimiento y protocolo pueden seguir para aplicar a un caso de alienación parental.

Al momento de revisar el catálogo de derechos en el primer libro del Código de la Niñez, se tiene que, entre los derechos de protección, primero está el derecho de la integridad personal de los niños, entonces, la alienación parental afecta a la integridad personal de los niños y ese es un derecho de protección que tiene que precautelarse por parte de los operadores de justicia, por parte de las autoridades administrativas y todos los que integran el Sistema Nacional de Protección de la Niñez.

Otro derecho que es muy importante es el derecho de conocer a los progenitores y mantener relaciones con, que se encuentra en el artículo 21 del CONA y prescribe que: "...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores". Si no se entiende que el derecho de supervivencia más importante que tiene el niño es relacionarse con ambos progenitores, mantener con ellos relaciones permanentes, periódicas, regulares y, además de eso, que se tiene que precautelar la integridad personal porque es un derecho de protección que tiene el niño, no se entenderá la problemática de la obstrucción y de la alienación.

Hay que aprender a relacionar la problemática de los niños y la problemática de la obstrucción de la alienación con los derechos que están reconocidos acá. Lastimosamente en nuestro país, hay una aplicación mecánica del segundo libro del Código de la Niñez, que es el libro que más controversia ha generado. En este libro se regula la patria potestad, la tenencia, las visitas, las pensiones alimenticias y, si se lo aplica mecánicamente, sin hacer interpretaciones concordantes con el primero que reconoce los principios, que enuncia los derechos reconocidos, evidentemente se va a tener un resultado mecánico que no va a tutelar adecuadamente los derechos de los niños.

PP: ¿De dónde provienen estos comportamientos de alienación parental? Se me ocurre que, pueden existir niños que se resistan a aceptar o asimilar este tipo de comportamientos que además se pretenden normalizar. En ese sentido, ¿Se ha contemplado alguna posibilidad de evaluación periódica cuando la madre o padre tienen o quieren normalizar este insólito comportamiento?

SZ: Creo que se registran pocas denuncias de alienación parental, justamente, por la desconfianza que existe por parte de los usuarios de la administración de justicia, particularmente padres. Generalmente ven que la actuación de la justicia está muy marcada por el perjuicio, entonces saben que una denuncia por alienación parental puede complicar más las cosas, complicar más su relacionamiento con su hijo y, por esa razón, no se atreven a denunciar. Hay que alentar a los padres o madres que ven una afectación en su niño por una alienación parental a denunciar para que se valore al niño, se escuche a padre y madre, y por supuesto, al niño; y se pueda intervenir oportunamente para precautelar la integridad del niño.

Hay un texto súper interesante de Anne Smith y Nicola Taylor que se llama “Escuchemos a los niños”. Fue publicado por el Fondo de Cultura Económica. En ese texto se dice: “(...) cuando los niños se sienten respetados, aceptados y seguros en una entrevista responden con mayor libertad y honestidad”. Hay técnicas que deberían ser tomadas en cuenta por la oficina técnica y que permiten que justamente los niños se expresen con libertad, que ellos expresen su sentir,

que ellos digan lo que quieren, o lo contrario es una falta de profesionalismo en cuanto a cómo se escucha a los niños.

No solo es un problema de legislación. El Código de la Niñez en su primer libro tiene disposiciones interesantes en relación a los principios y derechos que podrían ser invocados para justificar la intervención en un caso determinado. Me parece que hay un derecho familiar acá en el Ecuador que está en deuda con los niños. En ese sentido, la descripción que hace Pauline Tapp y Mark Henaghan, dentro del conjunto de artículos que recoge el libro “Escuchemos a los niños”, manifiestan que: “(...) el derecho familiar refleja los valores de la sociedad e influye en la manera en que la sociedad ve a los niños”.

Creo que estamos viendo a los niños de una manera absolutamente equivocada, nosotros tenemos que encontrar técnicas para que el niño diga lo que realmente piensa, siente y quiere.

Una de las problemáticas más sensibles que existen aquí en el país, es que la alienación parental no tiene freno y cuando la alienación parental se produce, no registra una intervención por parte de los jueces, cuando la alienación parental se produce no es posible escuchar lo que realmente los niños quieren, porque pueden estar presionados, o al momento en que comparecen a una audiencia, con la presión que tienen de estar en medio del padre y la madre obviamente van a sentirse muy incómodos, al momento de decir con quién quieren estar, con quién quieren compartir un poco más.

Las técnicas tienen que cambiar, privilegiar entrevistas privadas con los niños, que sean grabadas, registradas en un medio, al que se pueda acceder posteriormente en caso de que se requiera impugnar un informe de la oficina técnica.

Para concluir, considero que hay un mal manejo. Existe en un primer plano insensibilidad, luego, la deshumanización de las Unidades Judiciales de Familia y de Niñez, de ciertos jueces -sin generalizar-, la despreocupación por parte de los legisladores y del Presidente de la República con respecto a estos temas.

Casi siempre la atención está centrada en las pensiones alimenticias y el sistema se mantiene absolutamente

ajeno a la problemática que tiene que ver con los temas afectivos, con los cuidados y la crianza de los niños.