



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

EL DERECHO: EDJ 2008/320433

**Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, S 21-7-2008,
nº 345/2008,
rec. 300/2007.**

Pte: Blanco Fernández del Viso, Modesto .

RESUMEN

Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de instancia, que deniega las medidas paterno filiales solicitadas respecto de la hija biológica de su compañera sentimental, considerando acreditada la existencia de una relación de pareja entre ambas litigantes, así como la determinación de ambas de que fuera la demandada, por ser la más joven, la que se quedara embarazada, señalando la Sala, tras analizar la normativa aplicable a estos supuestos, que en el caso de autos, si bien no procede acceder a la atribución de la patria potestad a la recurrente, sí es procedente el establecimiento de un régimen de visitas, ya que no perjudica a la menor, que ha vivido como una pérdida la ruptura de la relación habida entre su madre biológica y la recurrente.

-NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. De Enjuiciamiento Civil

art.335, art.348

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.10, art.14, art.39

RD de 24 julio 1889. Año 1889. Código Civil

art.4.1, art.4.92, art.4.94, art.4.160

+ÍNDICE

+CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

+FICHA TÉCNICA

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En los autos indicados la Iltna. Sra. Magistrado Juez D^a Esther Cedrón Escribano, dictó sentencia el diecisiete de octubre de dos mil seis , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D^a Filomena , representada por la Procuradora D^a Candelaria Esther Rodríguez Alayón, contra D^a María Angeles , representada por la Procuradora D^a Francisca Adán Díaz; y, en su consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se preparó recurso de apelación, se interpuso el mismo , evacuándose el respectivo traslado, formulando oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- En esta segunda instancia se ha practicado prueba documental por aportación de dos documentos (certificación literal de matrimonio y resolución judicial de adopción), así como prueba pericial por medio del Gabinete Psicosocial, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la celebración de la vista, que tuvo lugar el día 15 de julio de 2008.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la actora articula como pretensión principal en el escrito de demanda que se acuerde que la patria potestad será compartida por ambas litigantes, debiéndose atribuir la guarda y custodia de la menor a la demandada, con el consiguiente establecimiento de un régimen de vistas que propone con la extensión propia del normalizado que viene siguiéndose por los tribunales, y también pensión de alimentos.

Añade, subsidiariamente, y para el supuesto de que se entendiera que los derechos de la demandante se han de incardinar en la regulación del art. 160.5 del Código Civil [FDL1889/1](#) , que se ha de acordar la atribución del régimen de visitas normalizado que expresó como pretensión principal.

La demandada contestó oponiéndose por completo a todas las pretensiones de la demanda.

La sentencia de la primera instancia desestima la demanda en su integridad, resolución contra la que se alza la actora para sostener sus pretensiones iniciales.

SEGUNDO.- El presupuesto fáctico de la demanda, según resumen que puede hacerse del capítulo de Hechos distinguido en dicho escrito, se constituye por la existencia de una relación de análoga afectividad a la familiar entre las litigantes durante once años, desde el año 1994 hasta el 2005, relación pública, conocida por amigos, familiares y terceros, compartiendo también patrimonio, relación en la que voluntariamente deciden tener un hijo común, y que por imposibilidad, al no poder atribuirse la maternidad biológica más que a una de ellas, aquella que la gestó, la hoy demandada, acordaron que dado que la demandada es más joven que la demandante y pudiera tener más éxito en el resultado de la fecundación, por técnica de reproducción asistida mediante inseminación artificial, sería la demandada quien se sometería a dicho tratamiento.

Se dice también que tanto la voluntad que las animó a la experiencia de la maternidad, la relación sentimental habida entre ellas y hoy rota, y la relación de afectividad establecida por ambas y la menor, hace que no pueda desconocerse la naturaleza de la que participa, pues entre ambas se ha establecido una relación materno-filial, dándose todas las connotaciones de las establecidas por cualquier padre o madre biológica con respecto a sus hijos, aconteciendo que a partir de la ruptura de la relación, la demandada niega a la actora cualquier contacto con la menor.

En el correlativo apartado del escrito de contestación, la demandada reconoce el hecho de la convivencia y niega la existencia de vínculo afectivo entre la demandante y la niña, pues alega que no reconoce cognitivamente y afectivamente la figura de la demandada, con la que sólo convivió durante el primer año de vida de la menor.

TERCERO.- Aunque en el escrito de contestación no se niega la relación de convivencia estable entre las litigantes, es oportuno recordar que el art. 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) se remite a la forma prevenida en el art. 399 para la redacción de la contestación a la demanda, de manera que cuando los términos del escrito de demanda son fijados conforme a lo previsto para el juicio ordinario como en este caso, el art. 399 dice, entre otras prescripciones, el contenido que ha de tener la demanda: se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida (apartado 1); los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar, y con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones (apartado 3).

Y, naturalmente, en el apartado 4 del precepto se manda incluir las alegaciones que procedan sobre el asunto de fondo planteado, con la consecuencia de la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos establecida en el art. 400 .

Este efecto preclusivo no atañe sólo a las pretensiones, pues el art. 456, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , que rige para la segunda instancia, prescribe que el objeto del recurso de apelación lo será "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia", esto no obstante se tenga en cuenta en lo pertinente la norma especial establecida en el art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) para las cuestiones que no son de derecho dispositivo.

Por tanto, a pesar de que dicho escrito no es lo suficientemente expresivo respecto de esta cuestión, poco conforme con lo prescrito en el art. 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , lo que sin duda debilita la posición procesal de la apelada en la segunda instancia, puesto que, como antes se dijo, la actora parte en su demanda de que se califique la relación habida entre las litigantes como relación sentimental de análoga afectividad a la familiar, conviene dejar sentado que desde luego la respuesta ha de ser afirmativa, pues de todo lo actuado en el proceso aparecen más que sobrados hechos y datos relevantes para tener por acreditada la existencia de **una** relación de convivencia entre las litigantes durante aproximadamente once años, siendo suficiente con destacar, de entre ellos, además de los documentos pertenecientes a la intimidad de la vida personal y familiar aportados con la demanda, la designación de la demandada como beneficiaria en 2 planes de pensiones suscritos por la demandante, la cotitularidad de las **mismas** de cuentas corrientes bancarias, el otorgamiento de testamento abierto por la demandante en el que lega a la demandada el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de toda su herencia, instituyendo heredera universal a la menor, con la cláusula de sustitución vulgar de esta por aquella para los casos de premoriencia o indignidad, el propio informe pericial aportado con la contestación a la demanda, emitido por la Psiquiatra D^a Fátima y el Psicólogo D. Víctor , que recoge el hecho de la ruptura de las litigantes después de once años de convivencia, del **mismo** modo que se expresa en el informe pericial de designación judicial, prueba practicada en la segunda instancia.

CUARTO.- Lo que sí se niega por parte de la demandada, desarrollando en el escrito de contestación las correspondientes alegaciones sobre la cuestión, es la existencia de **una** determinación común para tener un hijo, de donde sostiene la falta de relación afectiva entre la demandada y la menor necesaria para soportar las pretensiones deducidas en la demanda.

En relación con esta debatida cuestión, son acreditados en el proceso hechos bastantes demostrativos de esa determinación común y en todo caso suficientes para que opere la presunción judicial de que así fue, presunción prevista en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , al decir, en su apartado primero , que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, puesto que no tiene otro sentido que la niña se concibe constante la relación, después de un intento fallido anterior, mientras conviven en la **misma** vivienda, propiedad de la actora que sufragaba los gastos de los servicios y suministros de la vivienda, como que la Directora del Colegio en el que está matriculada la niña manifestó que la demandada iba a entregar y recoger a la menor durante el curso 2004-2005; debiendo señalarse también que en el Hecho cuarto de la contestación se dice que no van a entrar en estos hechos, postura procesal que merece ser calificada de evasiva, en los términos y consecuencias previstos en el art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , de considerar esta respuesta como admisión tácita de los hechos que le son perjudiciales a la demandada.

Pero además, este presupuesto de la demanda resulta corroborado por la prueba practicada en esta segunda instancia, hasta el punto de que pudiera decirse que en este momento procesal ya no resulta necesario el juego de la presunción, pues a pesar de que en el informe aportado con la contestación, los peritos expresan que la intención de tener **una** hija fue **una** decisión personal de la demandada, esto se constata por mera referencia, tanto de la madre biológica como de la madrina de la menor, aunque no, curiosamente, de la abuela de ésta, y sin embargo es determinante el resultado que proporciona el completo y exhaustivo dictamen psicológico emitido en esta alzada por D^a Alejandra , Psicóloga del Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de esta Capital.

Expresa la perito, entre otros extremos, después de haber efectuado las pertinentes entrevistas individuales con las litigantes, de haberles aplicado la prueba psicológica Inventario Clínico Multiaxial de Millon MCMI-III, y de haber explorado a la menor, que a pesar de que la demandada manifiesta en la entrevista que la decisión de tener un hijo fue **una** decisión personal, individual, no de **pareja** , y que ella siempre había pensado en tener un hijo sola, su cónyuge va a iniciar los trámites de adopción de la niña, con lo cual parece que, fuera cual fuera su intención entonces, la de ahora es compartir las responsabilidades parentales, si bien con quien ella ahora quiere; que coherentemente con esta intención materna está lo que la menor ha aprendido en este tiempo: que ahora ya son **una** familia; que a la menor no se le ha transmitido que ella y su madre son **una** familia (lo propio si se hubiera decidido tener un hijo sola) sino que lo son desde que "encontraron a Ana", lo que significa que la nueva **pareja** es integrada desde el principio como parte constituyente del proyecto de tener **una** familia; y razona que si, además, se tienen en cuenta las características biográficas de la evaluada, todo parece indicar que ni ahora ni entonces se tuvo la intención de llevar sola la crianza y educación de la hija, sino que fue el fracaso de la relación de **pareja** lo que hizo que, aprovechando el vacío legal existente, se optara por no fomentar ni luego permitir las relaciones de la menor con la demandada, por considerar que eso era lo mejor para su hija.

Estas afirmaciones desvirtúan la relativa contraria del informe que se aportó con la contestación, el que, por cierto, la Psiquiatra D^a Fátima no ratificó, ya que, apreciadas estas pruebas como prescribe el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , es de señalar que las razones de ciencia de la perito judicial para emitir su fundado dictamen en el sentido en el que lo emitió pertenece al ámbito propio de su cualificación profesional, empleando la metodología que expresa, y se atiene exclusivamente, dentro del objeto de este procedimiento, al criterio del interés y beneficio de la menor, pues mientras que el informe de parte, como se dijo, constata las referencias a la cuestión, la pericia judicial explica razonadamente la situación; dictamen, que ha de seguirse no sólo por las garantías de su práctica, establecidas en los arts. 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , que le otorga mayor prevalencia que los confeccionados a instancia de parte, sino por la razón de sus conclusiones, expuestas detalladamente en los **misimos** (SSTS de 10-11-1994, 11-4-1998 y 31-10-1998), sin que por

otra parte estas conclusiones puedan verse desvirtuadas de contrario con la **misma** fuerza consistente que proporciona las garantías de la prueba.

QUINTO.- Una vez constatada esta realidad, es procedente la determinación de la normativa aplicable. Precisamente en el ámbito de los procesos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) se contemplan, respecto de las uniones extramatrimoniales, y en orden a su equiparación con las contiendas matrimoniales, los que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, o sobre alimentos reclamados para éstos, por un progenitor contra el otro. Así lo recogen, de modo que no admite duda alguna interpretativa, los arts. 748.4, 769.3 y 770.6 de dicha Ley .

Claro es que la Ley de Enjuiciamiento se refiere a progenitores, por lo que la recurrida rechaza la pretensión principal de la demanda por el hecho de que la demandante no es progenitora ni tiene relación de parentesco legal con la menor.

Para salvar este obstáculo legal, la demandante invoca la analogía legis del art. 4.1 del Código Civil [EDL1889/1](#) , además de los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución Española EDL 1978/3879▼ , y, de manera subsidiaria, el art. 160.5 del Código Civil [EDL1889/1](#) .

El Tribunal Supremo, en sentencia del Pleno de 12-9-2005, sentencia seguida por las de 19-10-2006 y 8-5-2008, después de recoger la jurisprudencia constitucional y de la Sala Primera , de la doctrina científica y del derecho comparado, expone en el fundamento tercero de dicha sentencia que "es preciso proclamar que la unión de hecho es **una** institución que no tiene nada que ver con el **matrimonio** -Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92 , por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del **matrimonio** homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está **formada** por personas que no quieren, en absoluto, contraer **matrimonio** con sus consecuencias.

Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del **matrimonio** como son los arts. 97, 96 y 98 CC EDL 1889/1▼ , ya que tal aplicación comporta inevitablemente **una** penalización de la libre ruptura de la **pareja** , y más especialmente **una** penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.

Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer **una** compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del **matrimonio** por separación o divorcio." Como puede apreciarse, desde la óptica del ámbito del pronunciamiento el Tribunal Supremo se pronuncia específicamente en materia de liquidación y compensaciones económicas entre las personas que **forman una** unión de hecho.

Pero haciendo abstracción del ámbito del pronunciamiento, de entre las diversas consecuencias que han de extraerse de la doctrina sentada hay **una** afirmación interesante al litigio, cual es que las dos instituciones, **matrimonio** y unión de hecho, pertenecen al derecho de familia, y sin distinción por razón del **sexo** de las personas que la formen.

Además, el Tribunal Supremo, después de la interdicción de la aplicación de la analogía legis, da carta de naturaleza a la aplicación de la analogía iuris en estos casos, al decir que "no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de **una disolución** de **una** unión de hecho". Habrá que concluir que con la **misma** o incluso mayor razón de identidad cuando el litigio verse sobre las medidas relativas a la esfera estrictamente personal derivadas de la ruptura.

No obstante, hoy no es necesario acudir a la aplicación de la analogía iuris, pues esta situación del ordenamiento ha sido completada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo [EDL2007/12678](#) , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la que su art. 1 comienza proclamando que "Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida...", y el art. 3 dice que "El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de **sexo** , y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

El art. 4 , particularmente, prescribe que "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas", precepto acorde con la Exposición de Motivos de la Ley, en cuyo apartado II se dice que resulta necesaria **una** acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de **sexo** y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla, y que esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres.

Es de señalar que la Disposición Adicional quinta de esta Ley modifica de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) para añadir un nuevo apartado 5 al art. 217 que invierte la carga de la prueba en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del **sexo** .

En definitiva, que hoy debe observarse el **mismo** tratamiento jurídico respecto de las cuestiones que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, o sobre alimentos reclamados para éstos, mediante **una** aplicación extensiva de las normas procesales contenidas en los arts. 748.4, 769.3 y 770.6 de de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , equiparando las uniones extramatrimoniales a las matrimoniales con independencia del **sexo** de las personas que las **forman** y en orden a la resolución de los litigios propios del derecho de familia.

SEXTO.- Naturalmente, cuestión distinta es el discernimiento de las medidas a adoptar en cada caso concreto, como derivadas de la ruptura de la unión de hecho, con independencia, por tanto, de que se trate de personas del **mismo** o de distinto **sexo** , para lo que se habrán de aplicar los **mismos** normas y criterios de idéntico modo que respecto de las uniones matrimoniales, con la excepción de los litigios de contenido económico atinentes a las personas que formaban la unión, según la doctrina del Tribunal Supremo antes reseñada.

Respecto de la atribución de la patria potestad, que la demandante y recurrente sostuvo en la vista, aunque sólo nominalmente, en el supuesto sometido a revisión no parece que tenga virtualidad, pero no porque no haya habido, que la hubo, **una** relación materno-filial no genética, aunque solamente fuera durante un año aproximadamente, siendo de tener en cuenta que cuando nació la niña, la demandada hubiera podido adoptarla si hubiera sido promulgada la Ley 13/2005, de 1 de julio [EDL2005/76913](#) , por la que se modifica el Código Civil [EDL1889/1](#) en materia de derecho a contraer **matrimonio** , al derivarse el derecho de adoptar de la posibilidad de contraer **matrimonio** con independencia del **sexo** de las personas, establecida en el nuevo art. 44 , de donde concurriría la circunstancia prevista en el art. 176.2ª del **mismo** Código, razón de igualdad por la que se reformó el apartado 2.2º del art. 178 por la citada Ley 13/2005 , aunque desde luego el eventual ejercicio de esta posibilidad no puede asegurarse.

En relación con esta pretensión principal, debe hacerse notar que la demandante, al contrario que la demandada, no acompañó su escrito de demanda con un informe pericial sobre este objeto -ni tampoco sobre la petición subsidiaria- siendo el criterio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 [EDL2000/77463](#) que la parte actora ha de presentar la demanda acompañada, en su caso, de un

informe pericial con el que acreditar los hechos en los que se base y sostener la acción deducida, pues así le obliga el art. 265.1.4º, como también dispone el art. 336 de la **misma** Ley, lo que tiene como primera consecuencia la falta de mecanismo procesal adecuado para cuestionar el resultado de la prueba pericial judicial acordada, particularmente idónea en estas cuestiones litigiosas.

La perito Psicóloga, D^a Alejandra, expresa en su dictamen, después de su valoración psicológica de la demandante, que sus pretensiones son más de tipo afectivo, poder estar con la niña y seguir su desarrollo, que de tipo materno, es decir, implicarse en su educación, participar en la toma de decisiones, etc.; que la menor considera su núcleo familiar el compuesto por su madre y por su **pareja**, actual cónyuge -que acaba de adoptar a la menor, según se acreditó poco antes de la vista-; y que "La historia biográfica de la menor nos indica que a raíz de la separación de las dos personas con quienes estableció la vinculación, el cese de los contactos con **una** de ellas tuvo que ser necesariamente vivido como **una** pérdida, con el consiguiente estado motivacional que le lleva a fortalecer y reasegurar el vínculo conservado. Este estado motivacional, de miedo a la pérdida, parece haberse diluido en la propia vida, especialmente por el proceso de sustitución realizado, en el que la nueva **pareja** materna se vincula a la menor. Por tanto, aun cuando la menor haya tenido **una** experiencia temprana de pérdida de **una** vinculación, en la actualidad el estado motivacional que aquella pérdida produjo se ha ido disipando.

El resultado de la evaluación de la menor nos indica por tanto que la **misma** está teniendo un desarrollo saludable, sin que exista ningún indicador de sufrimiento psíquico ni de miedo a la pérdida de alguna vinculación".

Por ello, la perito considera conveniente únicamente la fijación de un régimen de contactos entre la niña y la demandante que excluye la atribución a ésta de la patria potestad, en lo que se reafirmó en la vista sin duda alguna, puntualizando además que si bien la demandante quiere a la niña como **una** madre porque así se estableció el vínculo originariamente, en realidad ahora, con independencia de que se sostenga la demanda, quiere un vínculo como pariente porque la **misma** demandante lo considera más adecuado para la niña, y que el hecho de que la madre biológica haya contraído **matrimonio** significa que la menor tiene que vincularse a un grupo familiar y que la demandante no puede ser madre.

Consecuentemente, la pretensión principal de la demanda ha de ser rechazada.

SEPTIMO.- Resta pues pronunciarse sobre la petición subsidiaria deducida en la demanda, para lo que también se aplicarán las normas y criterios ya expuestos.

Sobre esta pretensión la demandada, además de los motivos de oposición procesal antes referidos, hace hincapié en el hecho de que la menor no reconoce cognitiva y afectivamente la figura de la demandante por el hecho de haberse perdido la vivencia anterior, y en que la reanudación de la relación no será sino **una** fuente de conflictos, en lo que convino básicamente, también para oponerse, el Ministerio Fiscal.

En relación con el derecho de relacionarse con la niña, debe señalarse que de igual modo que la atribución de la custodia de los hijos menores es **una** medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil [EDL1889/1](#), criterio idéntico al consignado en el art. 159 del **mismo** texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma de dicho Código [EDL1990/14773](#), en aplicación del principio de no discriminación por razón de **sexo**, normas establecidas para el proceso matrimonial que son de igual aplicación por su naturaleza a este litigio, la determinación del derecho a comunicarse con los hijos que dispone el art. 160 del Código Civil [EDL1889/1](#) tendrá presente el **mismo** criterio del beneficio de los hijos.

Pues bien, en este particular, ha de acudirse también al dictamen psicológico emitido por la perito judicial, D^a Alejandra , en el que, como resaltó la demandada en apoyo de su posición procesal, relata como resultado de la evaluación de la menor, que a raíz de la separación de las dos personas con quienes estableció la vinculación, el cese de los contactos con una de ellas tuvo que ser necesariamente vivido por la menor como una pérdida, con el consiguiente estado motivacional que le lleva a fortalecer y reasegurar el vínculo conservado; que este estado motivacional, de miedo a la pérdida, parece haberse diluido en la propia vida, especialmente por el proceso de sustitución realizado, en el que la nueva pareja materna se vincula a la menor; y que por tanto, aun cuando la menor haya tenido una experiencia temprana de pérdida de una vinculación, en la actualidad el estado motivacional que aquella pérdida produjo se ha ido disipando; y que la misma está teniendo un desarrollo saludable, sin que exista ningún indicador de sufrimiento psíquico ni de miedo a la pérdida de alguna vinculación.

Pero es relevante que la perito dice que "La impresión que le ofreció a la informante es que la menor ha oído algunos retazos de conversaciones pero ha sido mantenida al margen del conflicto, al igual que fue mantenida también al margen de las relaciones con Filomena . Cuando se le dijo a la menor que Filomena estaba allí y deseaba verla, no opuso ningún inconveniente. Cuando se produjo el encuentro, la menor reaccionó con normalidad y también D^a Filomena .

La menor respondía a las sugerencias de recuerdos, diciendo al poco rato que sí que se acordaba de ella, y también fue receptiva a sus muestras de afecto que, en todo caso, fueron comedidas y ajustadas al contexto y al tiempo que hacía que no se veían. Tras dicho encuentro, si la niña hasta entonces había sido mantenida al margen del conflicto, ahora ya sabe, en alguna medida, que a su madre no le gusta o no le hace mucha gracia esa persona. Este aprendizaje de la menor se debió a lo ocurrido al final de la pericial.

La madre instó a la niña a que se despidiera de los técnicos, y ésta lo hizo, diciéndonos adiós y dándonos un beso; pero no la instó a que se despidiera de Filomena , y, cuando la informante le dijo a la niña que lo hiciera, la madre ni lo secundó ni le soltó la mano, por lo que la niña se despidió sin acercarse y sin beso.

La diferencia entre la actitud materna hacia los técnicos y la actitud materna hacia Filomena , en este episodio de la despedida, es suficiente para que la menor haya aprendido que a su madre esa persona no le gusta".

Porque, por todo lo analizado, la perito concluye exactamente que:

"1.- La madre de la menor no debió impedir el contacto de D^a Filomena con la niña pues con ello produjo en su hija una vivencia de pérdida de una de las vinculaciones, vivencia que debiera siempre tratar de evitarse especialmente en los primeros años de edad. Aunque se tienda a pensar que los niños "ni se dan cuenta" (como si darse cuenta fuera condición necesaria para el aprendizaje), en realidad el vínculo se forja en los primeros meses de vida y se afianza en los dos primeros años de edad, cuando el niño tiene una autoconciencia mínima. Por tanto, las experiencias de pérdidas afectivas siempre tendrán un impacto en la vida del niño, con independencia de que éste se acuerde o fuere muy pequeño cuando sucedieron.

2.- Uno de los efectos de las vivencias de pérdida en edades tempranas es el estado motivacional que generan: aumentando la importancia de la vinculación que no se ha perdido. Esto puede hacer más probables conductas de reaseguramiento del vínculo, que, según las circunstancias, pueden interferir con las propias de un buen desarrollo.

Este estado motivacional, según la evaluación realizada, parece haberse ido diluyendo en la vida diaria, habiendo facilitado dicha disolución la integración de la nueva pareja materna y su sustitución vincular.

3.- Por ello, si no se fija un régimen de contactos entre la niña y D^a Filomena , ello no repercutirá en el buen desarrollo de la menor. Es decir, una vez que la vivencia de pérdida ya se ha producido, y habiendo sido la propia vida la que ha ido diluyendo el estado motivacional generado por aquella vivencia, se puede decir que el "daño" ya se hizo, que ya sanó o ya cicatrizó, y que ahora nada va a pasar si no se restablecen contactos.

4.- Pero, por la **misma** razón, nada tiene porqué pasar si se establece un régimen de contactos entre la niña y D^a Filomena , en el sentido de que no tiene porqué ser perjudicial para su desarrollo restablecer la vinculación con ella. Para los niños, todo lo que sea sumar afectos en vez de restarlos, en un mundo por demás cambiante, resulta protector para su salud psíquica.

Por otro lado, como se dijo, nada hay en la evaluación psicológica de D^a Filomena que nos indique "a priori" que su contacto con la menor vaya a perjudicar a ésta. Hay que señalar que no es necesario que el adulto que se vincula sea perfecto en sus actuaciones para que el menor quiera estar con él o para que sea beneficioso que lo esté.

Por lo demás, la mayoría de las veces en que un niño se queja de la actuación de un adulto, en estas circunstancias, es porque otros adultos significativos, a quienes no les interesa o no les gusta la relación de aquél con el niño, se aperciben de cualquier pequeño detalle negativo elevándolo a la categoría de perjuicio y moldeando las conductas del menor de tal suerte que el niño empieza a quejarse por cosas que no hubiera valorado como negativas si el adulto significativo no lo hubiera hecho previamente.

5.- Ahora bien, dada la conducta de la madre de impedir la relación entre la niña y su expareja, y dado que sus sentimientos negativos hacia su expareja hicieron que se comportara de tal forma que la niña ya aprendió (en la pericial) que esta persona no le gusta a su madre, el beneficio o perjuicio de la instauración de un régimen de visitas dependerá directamente de cómo se conduzca la madre de la menor en ese proceso. La actitud materna puede conducir a que dichos contactos de la niña con Filomena desestabilicen a la menor si de ellos se derivan conflictos, o si la madre con su actitud impulsa aprendizajes del tipo "si quiero a Filomena mamá se disgustará conmigo". Estos aprendizajes pueden llegar a incidir en el vínculo madre-hija, poniéndolo en peligro y desencadenando en la menor el rechazo a la nueva figura vinculante, para asegurar el vínculo materno.

Por tanto, tenemos que, si bien la instauración de contactos entre la menor y Filomena no tiene por qué ser perjudicial para la niña y sí beneficioso, por sumar afectos y por lo que tiene de reconstruir **una** vinculación perdida, sí podría perjudicar su desarrollo si la conducta materna de ahora en adelante no es la adecuada. La conducta materna debe diferenciar entre lo que ella siente y lo que siente la niña, entre lo que a ella le puede parecer perjudicial y lo que la niña puede sentir como aversivo, y debe de extremar el cuidado en no promover aprendizajes perjudiciales del tipo de los señalados, en los que se situaría a la niña en un conflicto de lealtades que resolvería mediante el rechazo al otro adulto.

Si la madre acierta a conducirse adecuadamente, la instauración de un régimen de contactos entre la niña y Filomena beneficiaría el desarrollo integral de la menor, incluyendo su desarrollo moral".

Se expresó en parecidos términos la Trabajadora Social del Gabinete Psicosocial de los Juzgados de Familia, D^a Andrea , concluyendo en su informe, ratificado en el procedimiento, que con los datos obtenidos en el estudio efectuado considera que el establecimiento de un régimen de visitas, concreto y supervisado entre la menor y la demandante no debiera a priori afectarle negativamente a su crianza.

En consecuencia, teniendo en cuenta todos los datos y circunstancias acreditados en el proceso, debe partirse de que el art. 160 del Código Civil [EDL1889/1](#) instituye un derecho a relacionarse cuya atribución solamente ha de ser denegada si se acredita la causación de un perjuicio para el menor, cuyo beneficio, como se dijo, es de interés superior (arts. 92, 93 y 94 del Código Civil [EDL 1889/1](#) ▼ y art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#)), pues sin duda el derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos que presenten peligro concreto y real para la

salud física, psíquica o moral del menor, y del resultado de los informes periciales judiciales no cabe inferir la existencia de perjuicio, antes al contrario, poco cabe añadir a sus contundentes conclusiones, pues como se dice por la perito Psicóloga, en lo que abundó en las explicaciones dadas en la vista, afirmando por otra parte que la adopción de la menor por la esposa de la madre biológica es bueno, el hecho de la instauración de un régimen de contactos entre la niña y la demandante beneficiaría el desarrollo integral de la menor, incluyendo su desarrollo moral, sin que apreciara hostilidad de la demandada hacia las madres de la niña, en cuyo grupo familiar ocuparía el lugar de un pariente, tía, madrina.

Dictámenes que han de seguirse, como ya se dijo a propósito del primer motivo de recurso, no sólo por las garantías de su práctica, establecidas en los arts. 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL2000/77463](#) , que le otorgan mayor prevalencia que los confeccionados a instancia de parte como el que esgrime la demandada en este procedimiento, sino por la razón de sus conclusiones (SSTS de 10-11-1994, 11-4-1998 y 31-10-1998), sin que por otra parte estas conclusiones hayan sido desvirtuadas de contrario con la **misma** fuerza consistente que proporciona las garantías de la prueba, y debe además recordarse que la valoración de la prueba es **una** función propia del Juzgador de instancia fundamentada en el principio de inmediación (arts. 137 y 289 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL 2000/77463](#) ▼), cuya apreciación se realiza de conformidad con el principio de libre valoración (arts. 316, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [EDL 2000/77463](#) ▼), como reitera la jurisprudencia (STS de 14-3-2007 , por ejemplo), y en concreto respecto de la prueba pericial, al tratarse de un medio de prueba de apreciación libre, a no ser que resulte contraria a las reglas de la sana crítica, reglas que no se hallan recogidas en precepto alguno ni prevista en ninguna norma valorativa de prueba, no cabe tratar de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS de 15-4-2003, 21-7-2006 y 9-3-2007 , entre las más recientes).

OCTAVO.- No obstante, para la concreción del régimen adecuado en este caso, tampoco puede obviarse que, según el **mismo** dictamen de la perito Psicóloga, el estado motivacional por la vivencia de la pérdida de la relación de la niña con la demandante parece haberse ido diluyendo en la vida diaria, habiendo facilitado dicha **disolución** la integración de la nueva **pareja** materna y su sustitución vincular, y tampoco que la actitud materna puede conducir a que dichos contactos de la niña con la actora desestabilicen a la menor si de ellos se derivan conflictos, particularmente si la conducta materna de ahora en adelante no es la adecuada.

Por tanto, la Sala estima, considerando las pautas señaladas por los dictámenes emitidos por la pericia judicial, atendida la edad de la menor, que es lo pertinente, para iniciar el restablecimiento de la relación, asignar un régimen de vistas de la menor a favor de la demandante, que se concreta a los viernes alternos de cada mes, durante dos horas, de 17,30 a 19,30 horas, en el Servicio Punto de Encuentro, con **una** supervisión media, sin que sea necesario que el técnico de dicho Servicio esté presente durante toda la visita, pero sí que informe de cómo ha transcurrido, sin otra determinación por ahora, a salvo de que en ejecución de esta medida y de acuerdo con las necesidades de dicho servicio, por el Juzgado se fije otro horario o las particularidades que aparezcan necesarias.

Se adopta la medida, teniendo presente también que en estos particulares no sujetos al derecho dispositivo, justamente porque el beneficio de los hijos, criterio legal dispuesto en el art. 92 del Código Civil [EDL1889/1](#) , idéntico al consignado en el art. 159 del **mismo** texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre , sobre reforma de dicho Código [EDL1990/14773](#) , en aplicación del principio de no discriminación por razón de **sexo** , constituye un concepto jurídico indeterminado que ha de encontrar su mejor concreción posible en cada caso según las circunstancias, es atribuido a los tribunales el uso de la potestad discrecional en pro de estos superiores intereses de los hijos (arts. 92, 93 y 94 del Código Civil [EDL 1889/1](#) ▼), como consecuencia de los elementos de derecho necesario que en estos procesos derivan de los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, según también tiene declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 2-12-1987 y 11-2-2002 , por ejemplo); razón por la que incluso el tribunal

debe pronunciarse de oficio (art. 91 del Código Civil [EDL1889/1](#)) debiendo superarse en lo posible las discordias de los litigantes, precisamente porque el beneficio de los menores ha de prevalecer en todo caso, pues como también recuerda la STS de 16-7-2004 , el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [EDL1996/13744](#) , establece el principio general de que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio, las características, alcance y modalidades del derecho de visitas.

Es lo procedente, pues, la estimación parcial del recurso y de la demanda, sin necesidad de entrar en más planteamientos.

NOVENO.- Lo anteriormente razonado conduce a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto y de la demanda, lo que conlleva la improcedencia de hacer imposición expresa de las costas causadas en ninguna de las instancias, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ▼ .

En atención a lo expuesto, la Sección Primera de la Audiencia Provincial dicta el siguiente:

FALLO.

1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Filomena , y revocar en su integridad la sentencia apelada.

2. Estimar en parte la demanda interpuesta en el único particular de asignar a favor de la demandante, D^a Filomena , un régimen de visitas de la menor a que se refiere este procedimiento, Celestina , según lo especificado en el fundamento octavo, condenando a la demandada, D^a María Angeles , a estar y pasar por esta resolución.

3. No hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Número CENDOJ:38038370012008100381