

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La modificación de la orientación sexual de los padres y el interés superior de los menores

## *The sexual orientation of parents and the best interest of the child*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Debe tomarse como principio básico el *superior interés de los hijos* para declarar que la reanudación de la relación materno filial con la madre no custodia es una exigencia acorde con las necesidades de los niños para superar el traumatismo *psicológico* que están viviendo originado por la modificación de la *orientación sexual de la madre no gestante*. Tras la ruptura matrimonial y la existencia de conflictividad entre las dos exesposas debe nombrarse un *coordinador parental* que facilite una relación personal positiva entre ambas, imprescindible para el ejercicio de una coparentalidad responsable en beneficio de los hijos.

**ABSTRACT:** *It must be taken as a basic principle the superior interest of children to declare that the resumption of the mother-child relationship with the other mother without custody is a requirement according to the needs of children to overcome the psychological trauma that are living caused by the modification of the sexual orientation of the non-pregnant mother. After the marriage breakdown and the existence of conflict between the two ex-wives, a parental coordinator should be appointed to facilitate a positive personal relationship between both, essential for the exercise of a responsible co-parenting for the benefit of the children.*

**PALABRAS CLAVE:** Orientación sexual. Padres. Menores. Interés superior. Derecho de relaciones personales.

**KEY WORDS:** *Sexual orientation. Parents. Minors. Higher interest. Right of personal relationships.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008.—III. CAMBIO DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EXPAREJA Y EN LOS MENORES.—IV. LAS VACILACIONES INICIALES EN LA JURISPRUDENCIA.—V. RECHAZO DE LOS MENORES AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES CON LA PROGENITORA NO CUSTODIA.—VI. LA IMPORTANCIA DEL TERAPEUTA EN ESTOS SUPUESTOS.—VII. LA FIGURA DEL COORDINADOR PARENTAL.—VIII. CONCLUSIÓN.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la introducción del matrimonio homosexual en España en el año 2005 y los avances médicos en los supuestos de fecundación *in vitro*, se posibilita la creación de familias donde los padres pueden aportar su material genético, o no, para poder procrear.

En el caso que vamos a estudiar<sup>1</sup> la familia está compuesta por dos madres, una gestante y la otra portadora de sus óvulos que fueron fecundados e implantados en la gestante, de lo cual nacieron dos menores. Estamos ante un *matrimonio homosexual femenino*.

Tras la disolución por divorcio del matrimonio homosexual la sentencia de primera instancia atribuye la *guarda y custodia* de los hijos menores a la madre gestante y establece un *régimen de visitas progresivo y controlado* en el Punto de Encuentro Familiar con la madre no gestante, que recordemos es la donante de los óvulos implantados tras su fecundación en la primera. La necesidad de acudir al PEF se debe a la existencia de conflictividad entre ambas madres, pues incluso no hay comunicación entre ellas.

Posteriormente, la madre donante de óvulos no gestante solicita ampliar sus visitas con los menores y el establecimiento de medidas para su garantía.

Tras esta situación la madre no custodia inicia una nueva relación, pero de carácter heterosexual. De manera que a los problemas que tienen que afrontar los menores (originados por la ruptura familiar) se suma el del cambio de orientación sexual de una de sus madres y la introducción de un tercero (de otro sexo) con consecuencias psicológicas en los menores.

En virtud del principio del *favor filii*, negar el derecho de visitas implica probar su inconveniencia para el menor. Es un derecho-deber subordinado al interés del menor que puede ser suspendido o limitado cuando las circunstancias lo aconsejen o se incumplieren los deberes impuestos por la resolución judicial donde quede demostrado el perjuicio evidente y grave para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional del menor. (STS de 21 de julio de 1993)<sup>2</sup>.

Y, ese, es el problema en el que vamos a detenernos.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

Relacionada con esta cuestión, debemos tener en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008, publicada 11 años antes de la sentencia objeto de comentario y que sigue la misma línea marcada por el Alto Tribunal.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo promovido por un padre transexual por vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual contra las sentencias de instancia y de apelación que restringieron el régimen de visitas a su hijo inicialmente acordado.

La restricción del régimen de visitas al menor inicialmente concedido se acordó *no por la disforia de género del progenitor*, pues este no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas sino que se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, *en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre*.

El supuesto de hecho de dicha sentencia se origina en la ruptura de un matrimonio heterosexual con un hijo donde se acuerda en el convenio la concesión de la patria potestad del hijo común menor de edad a ambos cónyuges y la custodia a la madre con un régimen de visitas al padre. Pero posteriormente se solicita a través de la acción de modificación de medidas la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre aduciendo su desinterés por el menor al no abonar la pensión alimenticia, salvo en contadas ocasiones; y, el hecho de que el padre se estaba sometiendo a un *tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y vestía habitualmente como una mujer* con la intención de continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

El menor contaba con 6 años de edad. El informe pericial emitido por la psicóloga designada judicialmente indica que no estima idóneo que el progenitor realice un régimen de visitas amplio con el menor, *debido a su inestabilidad emocional, pero no a la condición de transexual del progenitor*. La perito recomendó un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro, al menos hasta que el progenitor sufriera una intervención quirúrgica y se encontrara en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere. Criterios que fueron acatados por el juzgador que sentenció la restricción del régimen de visitas y que no suponía una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trataba es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor, a fin de que, progresivamente, se adaptase a la nueva situación sin cambios bruscos.

En apelación el padre alegó que se estaba vulnerando el principio de discriminación por razón de sexo, al entender que la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado estaba determinado por su transexualidad. Recurso de apelación que fue desestimado.

El progenitor recurrió en amparo, estimando que había sido en realidad su condición de transexual femenino la que había determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que suponía la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, reconocido en el artículo 14 CE.

El Fiscal apoyó el amparo y la infracción de la prohibición constitucional de no discriminación porque entendió que ambas sentencias se apoyaban para su decisión, en el informe pericial psicológico practicado en las actuaciones, no proporcionando *ese dictamen la justificación objetiva y razonable que sería deseada*, desligada de la nueva orientación sexual del padre, ya que la referencia a la inestabilidad emocional de este no se relaciona causalmente con el menor y *tampoco se argumentaba de qué manera ello estaba provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el hijo para justificar una severa restricción del régimen de visitas*.

Pocas han sido las sentencias que desde 2008 han tenido parecido supuesto de hecho, y hoy no hay duda de que el interés del menor es el principio fundamental que sirve de guía en las relaciones familiares. Y según indicó ya la STC «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos *nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada*».

Juicio de ponderación de los intereses del hijo menor que debió de sentir una gran confusión al ver cómo su padre se transformaba en otra persona de distinto género con una identidad sexual diferente a la que hasta ese momento había poseído, *estando en juego la integridad psíquica, emocional, afectiva del hijo menor*.

La sentencia concluye indicando que el hecho de que el progenitor no custodio esté inmerso en un proceso para cambiar su sexo de varón por el de mujer es una circunstancia muy especial que aconseja la modificación —suspensión o limitación— del régimen de visitas establecido en su día por resolución judicial... siendo aconsejable la limitación de los derechos del progenitor; del régimen de visitas —no total, no absoluto, pero sí parcial.

Resulta claro que la restricción del régimen de visitas no se produce como resultado de la transexualidad del progenitor, sino de la situación de inestabilidad emocional por la que este atraviesa, pues no cabe duda que un cambio de sexo comporta una serie de transformaciones tanto a nivel físico cuanto psíquico, lo cual es innegable y puede, efectivamente, repercutir en la estabilidad emocional y afectiva del hijo menor dada, además, su edad —seis años cuando se produjo la exploración judicial— y la etapa evolutiva en la que se encontraba.

### III. CAMBIO DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EXPAREJA Y EN LOS MENORES

Volviendo a la sentencia objeto de comentario, la modificación producida con el cambio de orientación de una de las exesposas va a tener consecuencias y, evidentemente, no solo va a influir en la situación entre las exesposas, sino también, y lo que más nos interesa estudiar son los efectos que se van a producir en relación con los hijos.

Realmente se producen *dos rupturas de carácter consecutivo* como son, por un lado, la ruptura familiar y el grado de conflictividad entre las madres con el

pertinente cambio de vida de los menores que viven con una madre que tiene su guarda y custodia, pero para ver a la otra y que pueda ejercer sus derechos de comunicación y visita se tienen que realizar en el Punto de Encuentro Familiar. Y, por otro, una segunda ruptura originada por el cambio de orientación de la madre no custodia y la introducción relativa en sus vidas *de un tercero de otro sexo que convive con la madre no custodia*.

La propia sentencia de la Audiencia de Barcelona señala que el cambio de orientación sexual «produce un traumatismo emocional para la propia persona que toma esta decisión y genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado la relación de pareja y, de alguna forma, al ver defraudadas sus expectativas vitales».

#### IV. LAS VACILACIONES INICIALES EN LA JURISPRUDENCIA

En la misma línea de la sentencia objeto de comentario, se halla el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, que emitió una resolución que privó de la custodia de sus dos hijas a una madre por su condición homosexual<sup>3</sup>.

Tras la ruptura de un matrimonio heterosexual con dos hijas menores, cada progenitor solicita su custodia exclusiva. Tras doce años de matrimonio, el marido *descubre que su esposa mantiene una relación sentimental con otra persona de su mismo sexo*, quien hasta la fecha había sido considerada por él como una mera amistad de su mujer. Hecho que provocó la ruptura de la relación matrimonial. A la vista de estos hechos, el juez, no dando crédito al informe de la psicóloga e imposibilitado legalmente para acordar la guarda conjunta, atribuye la custodia exclusiva de las dos menores al padre de las mismas.

Se trata de un auto de Primera Instancia en cuyos fundamentos la autoridad judicial se plantea como interrogantes «¿Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos? Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no». Valoraciones que a nuestro juicio están fuera de lugar, debiendo el juzgador remitirse a las pruebas de los servicios psicosociales que valoren la influencia negativa en los menores, si la hubiera... como se argumenta posteriormente...

Continúa diciendo que «No se trata de que los menores presencien un acto sexual o que vean que su progenitor se tumba en la misma cama a dormir con otra persona del mismo sexo como si de dos hermanas se tratara, o que la condición homosexual no influya en una dejación de funciones parentales. Influye, y mucho. Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que estos también lo sean. Los hijos menores tienen derecho a una protección integral (art. 39 CE), y el artículo 154 del Código civil comprende entre los deberes de los padres el de procurar a sus hijos una formación integral. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés del menor. El Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989 obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación

o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Toda persona mayor de edad es capaz de autodeterminarse libremente, pero los hijos menores de edad tienen también sus derechos, y en el conflicto prevalecen estos. No en vano le han traído al mundo y deben hacer de él una persona feliz, de modo que el día de mañana pueda elegir libremente, y no de forma condicionada».

No obstante afirma que entra en la causa de divorcio «... no porque civilmente la actora no sea libre (que lo es, evidentemente) de tener las relaciones que quiera y con quien quiera, sino *por la influencia que esa relación pudiera tener en las menores*. También un progenitor es libre de cambiar su residencia a donde tuviere por conveniente (art. 19 CE), pero si eso perjudica a los menores pierde la custodia».

En el fallo del auto se acuerda por el Juez... «que *la orientación homosexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, me veo en la obligación de atribuir al padre la custodia de Elena y Paula*. ...En esta fase inicial, sin perjuicio del resultado de la vista principal, *se considera suficientemente acreditado el perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre mantiene con una tercera persona*, y que lógicamente no se limita a un hecho aislado (lo sucedido en el domicilio familiar en noviembre pasado) ya que se mantiene en el tiempo, yendo los fines de semana al domicilio de esa tercera persona con las hijas. La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja».

## V. RECHAZO DE LOS MENORES AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES CON LA PROGENITORA NO CUSTODIA

El régimen de visitas en la sentencia objeto de comentario principal, se desarrolló durante el primer año *post ruptura* de forma favorable. El posterior rechazo de la hija a seguir relacionándose con la madre no gestante es consecuencia de su rechazo a la existencia de una segunda madre y a querer tener un padre y, con ello, una familia de las habituales como tienen las niñas de su colegio.

Si bien esta reacción de una niña de ocho años de edad a su propia realidad y a su propia historia personal es razonable, la sentencia establece que se debe favorecer la comprensión por los menores de lo que es un *devenir natural de las relaciones humanas, aunque no coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno*.

Se indica en la sentencia que las visitas en el punto de encuentro inicialmente se cumplieron con un cierto grado de normalidad, pero que *han venido deteriorándose hasta el punto de haberse interrumpido de forma absoluta en los últimos meses*. En el propio recurso ante la Audiencia se imputa a la madre la manipulación psicológica de los hijos, especialmente de la niña, que se niega en rotundo a cualquier tipo de relación con la madre B).

Una de las prioridades de los menores teniendo en cuenta el principio de su interés personal es tener en cuenta su edad de los menores y la importancia de sus progenitores (en este caso las madres) para el correcto desarrollo de su personalidad base fundamental de su proyección futura. De ahí que sea importante la reanudación de la relación materno-filial con la madre no custodia.

Y para ello debe trabajarse, por un lado, en hacer desaparecer la conflictividad existente entre ambas producida tras la ruptura y por otro lado, sanar el impacto que dicho enfrentamiento ha producido en los menores con los terapeutas adecua-

dos. Sin olvidar lo que la propia sentencia denomina como una «constante en la problemática forense de este tipo de rupturas de matrimonios y uniones afectivas homosexuales, cual es que una de las personas que conforman la pareja modifica *a posteriori* su orientación sexual y opta por constituir una nueva pareja heterosexual, lo que produce ciertamente un traumatismo emocional para la propia persona que toma esta decisión, y que genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado la relación de pareja y, de alguna forma, defraudadas sus expectativas vitales».

A esta situación hay que añadir, que «en casos similares la psicología especializada pone de manifiesto que *ambas partes necesitan un proceso de terapia personal para la aceptación de los hechos y de las nuevas circunstancias*».

La reacción de la menor se produce frente a su propia realidad y a su propia historia personal al no habersele prestado la atención ni el afecto necesario por parte de sus dos madres de forma coordinada.

Indica la sentencia que «desde las instancias públicas se debe favorecer la comprensión por los menores de lo que es un devenir natural de las relaciones humanas, aun cuando no se coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno...» puesto que «lo que produce el rechazo en los niños es la forma en la que perciben estas situaciones y las sensaciones que les transmiten las personas que, por ser responsables de sus actos y opciones vitales, están obligadas a favorecer la comprensión del hecho diferencial a sus hijos y a procurarles el entorno afectivo necesario para que desarrollen su propia personalidad sin mayores problemas, traumas ni tensiones».

Por todo ello, debe favorecerse la normalización de la relación entre los dos hijos y la madre no custodia y, ambas madres, deben de forma conjunta, racionalizar su relación personal imprescindible para ejercitar una *coparentalidad responsable en beneficio de los hijos*.

## VI. LA IMPORTANCIA DEL TERAPEUTA EN ESTOS SUPUESTOS

El caso que nos ocupa no es nuevo, tenemos jurisprudencia que ya ha tratado el tema y se ha enfrentado a los problemas que para los menores suponen los cambios de orientación sexual de sus progenitores.

La SAP de Sevilla de 28 de diciembre de 2012<sup>4</sup>, recoge el supuesto de una menor nacida en Suiza y que recibió psicoterapia allí, cuyo padre es transexual y su actividad consiste en ser acompañante de lujo, resolución que modifica el régimen de visitas (suspendiéndolo que no suprimiéndolo) establecido inicialmente consecuencia del perjuicio que puede causar en la menor «pues su mantenimiento puede afectar negativamente al normal y equilibrado desarrollo psicológico, afectivo y emocional».

En el propio informe psicológico de la menor se indica que, cuando el padre anuncia su visita mensual, la menor, ya adolescente, se vuelve insegura, ansiosa, confusa y angustiada, y se recomienda, que hasta que no alcance madurez y recursos propios para defenderse adecuadamente, no mantener el régimen de visitas con su progenitor paterno... la menor no tiene por qué soportar la turbación que su padre le ocasiona, ni compartir los periodos vacacionales con la actual pareja del mismo, también transexual, como tampoco asumir el riesgo de una alteración de su salud emocional y del desarrollo de su personalidad, en atención a su edad y a la etapa evolutiva en que se halla, que derive de los problemas personales que pueda padecer su padre...».

En la SAP de Les Illes Balears, de 16 de septiembre de 2008<sup>5</sup>, se analiza un supuesto en el que tras la ruptura matrimonial, y el padecimiento por parte de la madre de un trastorno psiquiátrico, y el cambio de orientación sexual prácticamente de un día para el otro, se persigue por el padre un cambio en la guardia y custodia de los menores tras el intento de suicidio de la madre.

El Juzgador entendió que «no ha observado desarreglos emocionales calificables como enfermedad mental aguda o crónica en la madre... no percibiendo un trastorno mental que avale una repetición del episodio (se refiere al intento de suicidio) que fue de carácter leve y destinado a llamar la atención de la nueva pareja sentimental de aquella». Del informe pericial psiquiátrico y médico forense se desprende la capacidad de la madre para ejercer el rol materno tal y como lo ha venido desempeñando desde siempre; y si bien es cierto que de dicho informe se deriva también la posibilidad de que la guarda y custodia se asignara al padre por hallarse también capacitado para tal desempeño, se desprende la conveniencia de dar continuismo a la madre en tal asignación.

En resumen el «trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos», no aparece como una enfermedad mental que aconseje la modificación del régimen de guarda y custodia asignado a la madre, y, los acontecimientos vividos carecen de entidad bastante para alterar la situación de guarda y custodia preestablecida.

## VII. LA FIGURA DEL COORDINADOR PARENTAL

La Audiencia de Barcelona en la sentencia objeto de comentario dispone que las litigantes procedan a designar a un coordinador de parentalidad de la lista del Colegio de Psicólogos de Cataluña, el cual debe reunir las condiciones de *mediador especialista en psicología infantil y en coordinación de parentalidad*.

La función de dicho coordinador será la de facilitar el necesario soporte previo para la elaboración de un *plan de parentalidad* que permita actuar en beneficio de los hijos. Esta intervención debe ser paralela al *tratamiento terapéutico* de los menores y a la *reanudación de las relaciones materno-filiales* con la madre no custodia con carácter inmediato en el Punto de Encuentro Familiar.

La figura del *coordinador parental* ha surgido en los últimos tiempos como especialista mediador y terapeuta que acerca las posiciones de las partes en los casos de alta conflictividad de las relaciones familiares surgidas tras la ruptura familiar.

La jurisprudencia catalana la hace surgir tras la existencia en su Código civil catalán, de dos artículos, el 233-13 y el 236-3 basándose en la necesaria supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo y en la intervención judicial.

Tras la ruptura el juez debe velar por la consecución y el mantenimiento del interés superior del menor, y uno de los momentos en que puede quebrar el mismo se centra en el mantenimiento de las relaciones personales entre menor y progenitor no custodio, o con su hermanos, o abuelos, familiares, incluso con aquellas personas allegadas y próximas, siempre pensando en que esas relaciones garanticen el desarrollo del menor, su estabilidad y sobre todo su seguridad emocional.

Defensa judicial que se acentúa en aquellas situaciones de «riesgo social o peligro». En tales casos la autoridad judicial contará con el auxilio de los servicios sociales y de la red de Puntos de Encuentro Familiar. Adopción de medidas que

puede dirigir a fin de limitar incluso las facultades de progenitores que causen perjuicio personal y/o patrimonial a sus hijos.

La Audiencia aclara en el supuesto objeto de comentario que «las intervenciones del Coordinador de Parentalidad y del Punto de Encuentro son esencialmente dinámicas, transitorias y su misión es la de recomponer unas relaciones parentales que necesitan de un especial tratamiento e intervención, según el grado de deterioro que se haya alcanzado».

Una vez que se pone en marcha el mecanismo de protección de los servicios sociales, es el propio coordinador de parentalidad quien tiene la misión de informar del grado de cumplimiento de lo establecido en la resolución judicial centrado primordialmente en el restablecimiento de las visitas en el plazo de dos meses con la progenitora no custodia. Y, si todo se reanuda con normalidad, que las relaciones personales se acentúen un poco más, instaurándose las pernoctas, y gradualmente ir incorporando la posibilidad de pasar la mitad de las vacaciones con la progenitora no custodia (semana santa y navidad, y quince días en el verano)...

No obstante dado el clima de conflictividad existente, los acuerdos deben ser graduales en el tiempo siempre pensando en el interés de los menores. Los primeros acuerdos tomados por el juez, y teniendo en cuenta que las responsabilidades derivadas de la patria potestad no se han modificado y se mantienen de forma conjunta, se centran en que la progenitora custodia deberá llevar a cabo «1) el seguimiento de la atención médica y de salud de los menores, incluida la elección de la cobertura médica y sanitaria, así como el seguimiento del proceso terapéutico (en curso) a los menores; en dicho proceso deberá participar la madre no custodia a la que se le impone la obligación de asistir a las sesiones a las que la referida psicóloga la convoque, con la finalidad de facilitar la recuperación de la relación de la misma con los menores; 2) las decisiones sobre la escolarización, incluida la elección de colegio, si bien deberá informar a la apelante de las decisiones adoptadas y requerirá del centro para que la dirección del mismo, las personas que lleven las tutorías y profesorado de los menores, convoquen a la señora Maribel, en su condición de madre, para informarla de la evolución escolar de los niños».

En este sentido se ha tenido en cuenta la jurisprudencia menor catalana, sobre todo la SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2015<sup>6</sup> que claramente señala las funciones y forma de actuar del coordinador de parentalidad, de quien indica que cuenta «con facultades expresas delegadas por la autoridad judicial para entrevistarse con los progenitores y con los menores, así como para recabar informes de los servicios sociales y centros de enseñanza en el que sigan su formación los hijos, con la colaboración necesaria de los abogados de ambas partes y de los técnicos del Punto de Encuentro que han intervenido en el seguimiento de las visitas. Corresponderá al coordinador de parentalidad la programación de medidas de soporte a todos los miembros de la familia tendentes a normalizar las relaciones paterno-filiales, con el fin de dar protección a los referidos hijos menores».

## VIII. CONCLUSIÓN

El cambio de orientación sexual de uno de los progenitores, independientemente de que se parta de un matrimonio o pareja de hecho heterosexual u homosexual, o incluso estemos hablando de un proceso de transexualidad, y el

mantenimiento de relaciones de uno de ellos con un tercero supone una *ruptura* con influencia psicológica en los menores que tienen que «asimilar» no solo el indicado *cambio de orientación del progenitor* (custodio o no custodia pero con derecho de comunicación personal con el menor), sino también la introducción en sus vidas de *un tercero de otro sexo*.

En 2008 el Tribunal Constitucional indicó que la restricción del régimen de visitas en un supuesto de transexualidad del progenitor, no se debe a dicho cambio sino a la situación de inestabilidad emocional por la que este atraviesa, derivadas de las transformaciones tanto a nivel físico como psíquico, lo cual puede repercutir en la estabilidad emocional y afectiva del menor (por su edad y la etapa evolutiva en la que se encuentra).

Posteriormente se ha acentuado la línea jurisprudencial que considera que *la orientación sexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, y... se considera suficientemente acreditado el perjuicio para el menor* (auto de 2008).

Se produce un traumatismo emocional para la propia persona que toma la decisión del cambio, y que a su vez genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado su relación de pareja y, un fraude en sus expectativas vitales. Resulta conveniente *un proceso de terapia personal para la aceptación de los hechos y de las nuevas circunstancias, en ambas partes*.

Y en cuanto a los menores, realmente el rechazo se produce la forma en la que perciben estas situaciones y las sensaciones que les transmiten sus progenitores y su entorno. Estos al ser responsables de sus actos y opciones vitales, están obligados a favorecer la comprensión del hecho diferencial a sus hijos y a procurarles el entorno afectivo necesario para que desarrollen su propia personalidad sin mayores problemas, traumas ni tensiones.

Si en el auto de 2008 se indicaba que «La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja». La evolución jurisprudencial consecuencia de la evolución social en este tema, se centra no solo en los adultos... sino también en los menores y en la necesidad de aceptación de la nueva situación y comprensión de los sentimientos de sus progenitores entre ellos y respecto a los terceros... Menores que deben asumir el *devenir natural de las relaciones humanas, aunque no coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno*.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ROMERO COLOMA, A.M.<sup>a</sup>: Transexualidad del progenitor y derecho de visitas. *Diario La Ley*, núm. 7471, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-276, Editorial La Ley. Abogados de Familia, núm. 58, Sección Tribuna Abierta, Cuarto trimestre de 2010, Editorial La Ley. La Ley 3990/2010.

## X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 176/2008 de 22 de diciembre de 2008, Rec. 4595/2005. (La Ley 198334/2008).

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 841/2018 de 3 de septiembre de 2018, Rec. 812/2017. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 126128/2018). ECLI: ES:APB:2018:8369
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 598/2015 de 17 de septiembre de 2015, Rec. 655/2015. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. (La Ley 156415/2015) ECLI: ES:APB:2015:8746
- Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, sentencia 533/2012 de 28 de diciembre de 2012, Rec. 5886/201. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. (La Ley 257405/2012). ECLI: ES:APSE:2012:4382
- Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, sentencia 351/2008 de 16 de septiembre de 2008, Rec. 23/2008. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 257883/2008)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, Proc. 655/2007.

## XI. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989
- Constitución Española. Artículo 39 del Código civil
- Código civil. Artículo 154 del Código civil
- Código civil catalán, de dos artículos, el 233-13 y el 236-3

## NOTAS

<sup>1</sup> SAP de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 841/2018 de 3 de septiembre de 2018, Rec. 812/2017. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 126128/2018). ECLI: ES:APB:2018:8369.

<sup>2</sup> Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de julio de 1993, Rec. 3467/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (La Ley 13311/1993).

<sup>3</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, Proc. 655/2007.

<sup>4</sup> Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, sentencia 533/2012 de 28 de diciembre de 2012, Rec. 5886/201. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. La Ley 257405/2012. ECLI: ES:APSE:2012:4382.

<sup>5</sup> SAP de Les Illes Balears, Sección 4ª, sentencia 351/2008 de 16 de septiembre de 2008, Rec. 23/2008. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. La ley 257883/2008.

<sup>6</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 598/2015 de 17 de septiembre de 2015, Rec. 655/2015. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. (La Ley 156415/2015) ECLI: ES:APB:2015:8746.