

# InDret

## *Les relacions paterno-filials de fet*

**Margarida Garriga Gorina**

Facultat de Dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper de Dret Català núm.: 13

Barcelona, juliol de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumari*

1. Introducció: delimitació i estadística
2. Tractament legal de la família reconstituïda en el dret civil català
3. Apunt de dret comparat
4. Proposta
  - 4.1. Qüestions prèvies
    - a) Regular o no regular?
    - b) Quines famílies?
    - c) Legislació imperativa o dispositiva?
  - 4.2. La meva proposta
    - a) Reformar l'adopció
    - b) Permetre l'atribució de les funcions que constitueixen la potestat al padrastre
      - Supòsits
      - Requisits
      - Efectes
    - c) Associar alguns efectes a la convivència amb el fill del cònjuge o de la parella

## 1. Introducció, delimitació i estadística

La **Llei 18/2003, de 4 de juliol, de suport a les famílies** va introduir un concepte en l'ordenament jurídic català que és el de les *relacions familiars de fet*, que són, segons la definició que en fa la pròpia llei, "les que s'estableixen entre una persona i els fills del seu cònjuge o de la seva parella estable" (Art. 17 b) DOGC núm. 3926, de 16-07-2003). Aquesta llei els atorga el mateix tracte, als efectes de les reduccions per raó del grau de parentiu amb el causant en l'impost sobre successions i donacions, que a les relacions entre ascendents i descendents per naturalesa o per adopció.

### 1.1. Delimitació

La família reconstituïda és el grup format per un progenitor, el seu cònjuge o parella, els fills, almenys, d'un d'ells i, si n'hi ha, els fills comuns. N'hi ha diversos models en funció del seu origen i de la seva composició: pot haver-se originat després de la mort d'un dels progenitors, d'un divorci, separació o ruptura de convivència marital, i també en casos de filiació determinada només respecte d'un progenitor. La família reconstituïda pot formalitzar-se mitjançant el matrimoni o no, i pot incloure fills d'unions anteriors, d'un sol dels seus membres o d'ambdós, i també fills comuns.

La viduïtat va estar durant molt de temps en l'origen de les famílies reconstituïdes. Mort el pare o la mare joves calia buscar un substitut que pogués exercir les tasques atribuïdes al seu sexe, en una societat en la que aquestes estaven distribuïdes de forma molt marcada en funció del sexe. En el fons, es considerava el segon matrimoni del cònjuge vidu com un mal menor, en una societat que mantenia una única concepció del matrimoni, la religiosa, fonamentada en l'ideal monogàmic. En aquest context, les reticències als subsegüents matrimonis es materialitzaven fonamentalment en la segona esposa del pare vidu, que no ha gaudit mai de bona premsa, ni com a mare, per tal com havia d'assumir les tasques de cura dels fills que no havia engendrat i als que se suposava que no podia estimar per manca d'instint maternal; tampoc com a esposa, ja que era la persona que substituïa la mare desapareguda, també en la seva relació amb el pare, la qual cosa generava sentiments de gelosia principalment en els fills (Irène THÉRY, "Le costellazioni familiar ricomposte: una questione sociale e culturale", a Silvia MAZZONI (Director), *Nuove costellazioni familiari*, Giuffrè, Milano, 2002).

Amb l'augment de l'esperança de vida i la possibilitat de dissoldre el matrimoni pel divorci, la reconstitució a través de les segones noces manifesta la voluntat d'esborrar el passat i de formar una nova família mitjançant la substitució del padrastre pel pare. En aquest context l'adopció plena, que trenca tots els vincles amb la família de l'altre progenitor, és un instrument adequat per a la formalització de la reconstitució.

Avui les famílies reconstituïdes provenen de situacions de crisi matrimonial en la major part dels casos i de maternitat extramatrimonial i, amb menys freqüència, de viduïtat. Cal afegir el cas de les parelles homosexuals que conviuen amb fills d'un dels seus membres, ja siguin fruit d'una

relació anterior, concebuts per la utilització de tècniques de reproducció assistida o bé adoptats per un d'ells.

En endavant, per fer menys feixuc el text, utilitzaré només el terme masculí padrastre per referir-me tant al masculí com al femení i tant als matrimonis com a les parelles de fet. Com es veurà, l'estadística mostra que hi ha més padrastres que madrastres.

L'objectiu d'aquest treball és exposar els problemes que planteja per a les famílies reconstituïdes l'aplicació d'una legislació que no té en compte les seves característiques i la seva dinàmica i proposar algunes solucions. Els problemes fonamentals que es plantegen són dos:

Primer: no hi ha vies legals adequades per a la formalització de les relacions del padrastre amb els fills del cònjuge o de la parella, i això comporta que s'utilitzin mecanismes legals inadequats com són l'adopció i el reconeixement de complaença

Segon: el padrastre no apareix entre les persones a les quals la llei encarrega la protecció de fill en col·laboració o en substitució d'un progenitor

## 1.2. Dades estadístiques

**El silenci de la llei contrasta amb la realitat social:** hi ha milers de famílies en les que un progenitor i el seu cònjuge o la seva parella encapçalen la llar familiar i organitzen i financen l'educació i manteniment dels fills, siguin o no comuns.

A França, un estudi estadístic fet sobre dades de 1999 indica que 1.600.000 menors de 25 anys vivien en famílies reconstituïdes, dels quals 1.100.000 vivien amb un progenitor i la seva parella i 513.000 amb els dos progenitors i un o més mig-germans. Es constata també que el nombre d'aquestes famílies (1 de cada 10 famílies amb fills) ha augmentat un 10% en el període 1990-1999, i que l'increment és especialment fort (13%) pel que fa a les famílies reconstituïdes en les que hi ha fills comuns a més de fills d'unions anteriors (Font: INSEE Première, Juny 2003).

Les estadístiques indiquen que a Espanya el **nombre de separacions i divorcis**, origen majoritari de les reconstitucions familiars, no deixa de créixer i que augmenta el nombre de **segones núpcies** i, especialment, el de segones relacions de persones divorciades, mentre que disminueix el nombre de primeres núpcies i de matrimonis de persones vídues.

En el període 1993-2001 el nombre de divorcis passà de 28.854 a 37.586, i el de separacions, de 43.941 a 65.650. Pel que fa a les declaracions civils de nul·litat matrimonial, l'any 1993 n'hi va haver 78 i 152 el 2001 (Anuario Estadístico de España, 2004).

Augmenta també el nombre de segones núpcies, especialment de persones divorciades.

A Catalunya, entre l'any 1975 i el 2001 el nombre de matrimonis d'homes vidus passà dels 864 als 310, el de divorciats de 1403 (any 1986) a 2.905, i el de primeres núpcies dels 45.000 a 27.000. Quant a les dones, en el mateix període, el nombre de matrimonis de vídues passà de 578 a 218, el de divorciades de 948 (1986) a 2.554, i el de primeres núpcies de 45.200 a 27.670. Així, el percentatge de matrimonis que

són segones o subsegüents núpcies per, almenys, un dels cònjuges passà del 8,9% al 15 % entre els anys 1986 i 2001 (Anuari Estadístic de Catalunya, 2003).

L'índex de **fracàs de les segones núpcies**, d'altra banda, és superior al de les primeres.

Les dades que provenen dels Estats Units d'Amèrica assenyalen que fracassen al voltant d'un 50% de les primeres núpcies i un 60 % de les segones (Stepfamily Foundation: <http://www.saafamilies.org/>)

i augmenta de forma sostinguda el percentatge de **naixements de fills de mares solteres**, que a Espanya s'ha doblat en els darrers quinze anys i representaven, l'any 2001, el 19,7% del total de naixements (INE 2003).

El nombre de padrastres és superior al de madrastrès atès que la dona obté la guarda dels fills en la majoria de ruptures familiars (91,4% dels casos; Diego RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio*, Madrid, CIS, 1999, p. 187) i la major part dels nuclis familiars monoparentals estan constituïts per mare sola amb fills, si bé la tendència és decreixent: a Catalunya eren l'any 1991 un 84% de les llars monoparentals i el 1996 un 77% (*La infància i les famílies als inicis del Segle XXI*. Vol. I. Institut d'infància i mon urbà. Observatori de la infància i de la família, 2002 <http://www.ciimu.org/>).

Cal tenir en compte, també, les parelles homosexuals que, a Catalunya, en un estudi fet sobre dades de l'any 1996, es va constatar que tenien a càrrec 15.400 fills, dels quals 8.600 eren menors (*La infància i les famílies...*).

Quant a la formació de noves famílies després de la crisi matrimonial, de l'*Encuesta Sociodemográfica* de l'any 1991 es van estudiar les relacions entre els excònjuges i l'inici de relacions de parella, així com la incidència de la ruptura en les relacions paterno-filials (RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio*).

Segons aquest estudi, entre els **factors que incideixen en la consolidació de noves relacions de parella** després d'una crisi matrimonial, s'observa que la **presència de fills** determina una tendència a no iniciar-ne, especialment en les dones, creixent a mesura que el nombre de fills és major, i també determina un nombre major de relacions no matrimonials que de matrimonis. Si no hi ha fills, els percentatges de matrimonis i cohabitació són semblants (RUIZ BECERRIL, p. 169).

Entre els homes amb **fills a càrrec**, el tant per cent dels que no tenen segona relació és inferior i, tant per als homes com per a les dones amb fills a càrrec, la situació més favorable per tenir una segona relació és la de tenir un sol fill. Quant al tipus de relació, els homes que tenen un o dos fills a càrrec registren un percentatge superior de segones núpcies, i a partir dels tres fills és més probable que convisquin sense casar-se. Entre les dones, en canvi, el nombre de situacions de cohabitació és sempre superior al de segones núpcies, excepte si tenen cinc o més fills a càrrec (RUIZ BECERRIL, p. 170).

La **major durada del matrimoni** és un factor que determina en els homes un percentatge superior de segones relacions, mentre que en la dona la relació és inversa. La probabilitat de tenir segones relacions es relaciona igualment amb l'**edat** dels subjectes en el moment de la ruptura, de manera que es registra un major nombre de segones relacions en la mesura que la ruptura matrimonial va tenir lloc a una edat més jove (RUIZ BECERRIL, p. 179). El temps transcorregut des de la ruptura també incideix de forma significativa en la probabilitat de tenir una segona relació: la major part de les segones relacions es

registren en els primers 10 anys següents i, quant al tipus de relació, en els 10 primers anys és més freqüent la cohabitació i a, partir dels 11, el matrimoni. Els homes consoliden la segona relació de forma més ràpida després de la ruptura que les dones: passats 10 anys de la ruptura, 6 de cada 10 homes tornen a viure en parella front només 2 de cada 10 dones (René HOULÉ, Montserrat SOLSONA, Rocío TREVIÑO "Divorcio y trayectorias familiares post-ruptura ¿un fenómeno nuevo?", *Papers de demografia*, núm 184 (2001) p. 28).

La reconstitució familiar incideix negativament en les **relacions del fill amb el progenitor que no té la guarda**. Les dades indiquen que la disminució de la freqüència d'aquestes relacions i fins i tot la seva desaparició s'associen, d'una banda, al matrimoni o la cohabitació de qualsevol dels progenitors i, d'altra banda, al transcurs del temps des que els progenitors van deixar de conviure (RUIZ BECERRIL, p. 223).

### 1.3. Característiques i dinàmica de les famílies reconstituïdes

La família reconstituïda és **més complexa** que la tradicional i **menys estable** que aquesta però és **una unitat que realitza les funcions atribuïdes al grup familiar**. La seva complexitat deriva del fet que el padrastre és un estrany pel fillastre, a la vegada que és la persona més propera al parent més proper del fill: el pare o la mare.

Les **dificultats de la convivència en les famílies reconstituïdes** són moltes i abasten les relacions del padrastre amb el progenitor, del progenitor amb els fills, del padrastre amb el fillastre, de l'altre progenitor amb els fills, dels progenitors entre sí, i de l'altre progenitor amb el padrastre. La complexitat de les relacions augmenta si el padrastre té descendència i també si aquest i el progenitor decideixen tenir fills comuns. Tot plegat incideix probablement en la **major fragilitat de les segones núpcies**.

El procés de constitució de vincles afectius entre aquells que formen la família reconstituïda és lent; tot i això en molts casos aquestes relacions es formalitzen ràpidament en el que s'ha observat que és una etapa inicial de fantasia que es caracteritza per un fort desig de formar, quan abans, una família a imatge de les famílies "normals". Així, és freqüent que formalitzin la seva unió al poc temps d'haver-se conegut, que es facin anomenar "pare" pels fills de l'altre, que els adoptin o, fins i tot, que tinguin descendència comuna.

En l'aspecte econòmic, l'arribada del padrastre suposa habitualment una millora en el benestar de la família, especialment en els casos en què aquesta comptava només amb els recursos de la mare. Tot i això hi ha estudis que constaten que en aquestes famílies es dedica menys temps a atendre i educar els fills, la qual cosa reverteix en una major incidència de problemes associats a aquests dèficits; fins i tot s'ha constatat que els fillastres marxen de casa més joves del que és habitual, especialment si hi ha germanastres. Finalment, **les estadístiques indiquen una especial incidència de situacions de violència vers els fillastres** si bé en menor mesura del que s'havia afirmat per part de les teories de la sociobiologia.

**La relació del fill amb el progenitor amb el qual no conviu es ressent molt com a conseqüència de la ruptura i la reconstitució familiar**, degut fonamentalment a què els homes, a diferència de les dones, vinculen la relació de paternitat a la relació de parella, de manera que la ruptura de la

segona pot incidir en la ruptura de la primera. Els fills, i especialment les filles, sota guarda materna, generalment, desenvolupen una relació pobra amb el pare; en la relació amb la mare absent, en canvi, es registren poques diferències entre les famílies intactes i les divorciades.

Els factors que poden incidir en el major contacte i afectivitat amb les mares que amb els pares són, entre altres, els següents: en primer lloc, amb la ruptura, alguns pares perden interès pels fills atès que per l'home sovint el matrimoni és l'element que defineix la responsabilitat de la paternitat, i la ruptura matrimonial provoca també la ruptura amb els fills. Per a la dona, en canvi, maternitat i matrimoni són dues institucions independents: la mare té cura dels fills amb independència de l'estat de la seva relació amb el pare. En segon lloc, hi ha una raó d'ordre pràctic que és la dificultat que tenen alguns pares per relacionar-se amb els fills degut a problemes de distància geogràfica, als obstacles que posa la mare a aquestes relacions i també a les dificultats de relació amb aquesta. En tercer lloc, es parla d'una manca d'habilitat relacional de l'home, que té dificultat per a mantenir amb èxit relacions independents amb els seus fills: és freqüent que el pare, fins i tot en situacions de pau familiar, estableixi la relació amb els fills a través de la mare, la qual cosa provoca que, en situacions de crisi, el pare no estigui preparat per establir vincles directes amb els seus fills.

Tot i això, els psicòlegs coincideixen en la **conveniència que el fill mantingui els lligams afectius que estableix al llarg de la seva vida**, ja siguin els progenitors, ja altres persones que han fet aquesta funció. A diferència dels adults, que substitueixen una parella per una altra després del trencament de la relació, per al fill no es produeix aquesta substitució del padrastre pel progenitor sinó que, en el millor dels casos, amb el temps, el padrastre s'afegirà al grup de persones que són els seus referents afectius. El conflicte que això pugui provocar entre els adults si tots ells desitgen l'exclusivitat de les seves relacions amb el fill no té per què perjudicar a aquest, que és totalment aliè al trencament i la formació de les relacions entre els adults en les mans dels quals es troba. En el context d'aquest conflicte cal fugir de solucions basades en l'exclusivitat dels drets d'alguns d'ells i buscar la via que permeti respectar els vincles que s'han anat constituint amb el pas del temps.

## ***2. Tractament legal de la família reconstituïda en el dret civil català***

L'absència d'un tractament legislatiu adequat de les famílies reconstituïdes és un fet comú a molts ordenaments del nostre entorn i que ha preocupat, a partir dels anys noranta, la doctrina i alguns legisladors fora de les nostres fronteres. És un element recurrent en la majoria de reflexions la constatació que l'adopció és una via inadequada per a formalitzar les relacions jurídiques en les famílies reconstituïdes.

La legislació civil vigent respon al model de família formada per dues persones de sexe diferent que conviuen amb els fills comuns, biològics o adoptius, i contempla la paternitat com un estatut exclusiu de pare i mare, que ostenten tots els drets i deures respecte del fill, de manera que la incorporació a aquesta família d'una altra persona amb potestats sobre el fill pot tenir lloc només si es produeix la substitució, mitjançant l'adopció.

Cal posar en dubte la rigidesa d'aquest sistema ja que la persona que es casa o conviu amb el pare pot establir vincles afectius i econòmics amb el fillastre, que són compatibles amb els que aquest té amb les famílies paterna i materna d'origen.

El cònjuge o la parella heterosexual del progenitor pot **adoptar** el fill d'aquest i esdevenir així legalment pare, de manera que l'adoptant i la seva família substitueixen el progenitor, i l'adoptat trenca tots els vincles amb la branca familiar paterna o materna. Es tracta d'una opció que, degut als seus efectes, no és adequada per a les famílies reconstituïdes, excepte en el cas que la filiació estigués determinada només respecte d'un progenitor, o bé en el cas que un d'ells hagués mort o estigués privat o exclòs de la potestat. Cal tenir en compte, malgrat tot, els inconvenients que comporta el trencament amb la família anterior, paterna o materna, a tots els efectes.

El fet que l'adopció del fill de l'altre es constitueixi sovint com a demostració d'amor al cònjuge o a la parella pot induir a la idea que l'adopció és quelcom contingent al matrimoni o en relació amb aquest. La ruptura entre progenitor i adoptant, bastant probable si es té en compte la fragilitat de les segones núpcies o unions, deixa llavors sense sentit l'adopció, que és irrevocable. Altres vegades la finalitat és evitar que l'altre progenitor segueixi tenint contactes amb el fill.

El **reconeixement de complaença** també s'utilitza amb la finalitat de formalitzar la relació amb el fill de l'altre i requereix que només hi hagi una filiació determinada i que aquesta sigui compatible amb la que es tracta d'establir. Cal posar en dubte que es tracti d'una via adequada per a les famílies reconstituïdes, ja que suposa fer constar com a progenitor per naturalesa una persona que no ho és.

En opinió de la DGRN el reconeixement és nul si no respon a la realitat (RDGRN 11-11-2002 ,RJ 2003\1100), en el mateix sentit el TSJC ha afirmat que és invàlid, ineficax i nul (TSJC 16-12-1997, RJ 1998\7761 i 29-6-1998, RJ 10058) i, segons la doctrina especialitzada, es tracta d'un acte contrari a llei (Francisco RIVERO HERNÁNDEZ en José Luis LACRUZ, Francisco de Asís SANCHO, Agustín LUNA, Francisco RIVERO, Joaquín RAMS, *Elementos de derecho civil*, IV: Derecho de familia, 4ª ed. Barcelona, Bosch, 1997).

A més, dificulta al vertader progenitor la determinació de la filiació per naturalesa, ja que hauria d'impugnar la paternitat establerta per a què la seva quedés determinada. Finalment, aquest reconeixement situa el fill en una situació fràgil ja que, tot i que el reconeixement és irrevocable, la filiació és vulnerable a una acció d'impugnació per manca de correspondència amb la veritat biològica, per a l'exercici de la qual està legitimat el seu autor.

En definitiva, aquest sistema, que permet els reconeixements de complaença i que legitima el seu autor per a impugnar la seva paternitat, provoca que el reconeixement pugui ser valorat per alguns padrastres com una opció més atractiva que l'adopció que, com el reconeixement, també és irrevocable, per bé que només pot extingir-se a instància dels progenitors per naturalesa, en terminis limitats i tenint en compte sempre l'interès del fill, però mai a iniciativa de l'adoptant.

**Quant als efectes de la convivència en la família reconstituïda**, el Codi de Família considera despesa familiar els aliments als fills del cònjuge si conviuen en la llar familiar i ho necessiten



(art. 4.2 CF), i la Llei d'Unions Estables de parella les considera despesa comuna (tant per les unions homosexuals, en l'art. 23, com per a les heterosexuales, en l'art. 4.1). No es tracta, però pròpiament un deure d'aliments sinó d'un deure de contribuir a fer front a les despeses que genera la convivència en la mateixa llar dels parents de l'un o de l'altre, i que persisteix només mentre dura la convivència.

**En cas que el progenitor i el padrastre deixin de conviure** el padrastre no té cap responsabilitat respecte dels fills de l'altre ni poden ser-li atorgades les funcions que integren la potestat. Les seves relacions personals amb el fillastre poden persistir en forma de dret de relació o visita (art. 135 CF).

Tampoc pel cas que el progenitor amb qui el fill conviu **mori, esdevingui incapaç o no pugui exercir la potestat per qualsevol causa**, no s'ha previst la manera de tenir en compte el padrastre, sinó que serà l'altre progenitor el que seguirà exercint la potestat en el cas que l'exercici fos compartit. Si la potestat l'exercia només el progenitor cònjuge o parella del padrastre, l'altre progenitor en recuperaria l'exercici de forma automàtica i, per tant, sense tenir en compte el padrastre, que potser és la persona que ha exercit de forma més intensa les funcions que són pròpies del pare junt amb l'altre progenitor. Aquesta recuperació no es podria produir si l'exercici unilateral era degut a la impossibilitat, incapacitat o absència de l'altre progenitor: en aquestes circumstàncies, el fill quedaria sota la guarda de fet del padrastre, la presència del qual no està contemplada, i no hi ha una via que permeti la continuïtat de la seva relació amb el fill, que pot ser el seu únic o més important referent afectiu. Tot i això, es podria constituir la tutela o l'adopció si les circumstàncies que impediè l'exercici esdevenen definitives.

Si només hi havia un progenitor legalment determinat i aquest no pogués, per qualsevol causa, complir les funcions inherents a la potestat, el padrastre podria adoptar el fill del cònjuge o ser nomenat tutor, càrrec per al qual la llei esmenta el cònjuge o la parella heterosexual del pare o de la mare en l'ordre legal de preferència per al seu nomenament (art. 179.1 c. CF).

La **Compilació d'Aragó** és l'única a l'Estat espanyol que preveu la possibilitat que el padrastre participi en l'*autoridad familiar* respecte dels fills del seu cònjuge que viuen en la llar familiar, amb l'objectiu que ambdós cònjuges puguin participar dels mateixos drets i deures respecte de tots els descendents, comuns o no, que conviuen en la llar familiar. També pel cas de mort dels progenitors es regula l'atorgament al padrastre l'autoritat familiar per evitar així la constitució de la tutela. Les facultats dels cridats a exercir l'autoritat en aquest cas són les mateixes que tenien els progenitors, incloses l'administració i disposició del patrimoni del fill, però no es constitueix una relació de filiació, de manera que el fill conserva les relacions de parentiu i els cognoms i no adquireix drets successoris legals. En la jurisprudència no s'han trobat casos d'aplicació d'aquestes normes.

Art. 9.3: Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa.

Art. 10.1: Fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha autoridad y con los mismos derechos y obligaciones que correspondían a los padres, podrá ser ejercida por los abuelos, los hermanos mayores del menor o por el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos.

2.En caso de fallecimiento de los progenitores, la designación de las personas que vayan a ejercer la autoridad familiar y la forma en que ésta debe prestarse, salvo expresa previsión de los padres, corresponderá a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez de Primera Instancia.

3.En el supuesto de privación judicial de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha designación corresponderá exclusivamente al Juez.

4.En ambos supuestos, el Juez, para efectuar la designación, oirá a los interesados y atenderá preferentemente al mejor cuidado y atención del menor.

Compilación del Derecho Civil de Aragón, Ley 3/1985, de 21 mayo, (BOAragon, núm. 39, de 23 de mayo de 1985). LARG 1985\1347).

### ***3. Apunt de dret comparat***

Alguns ordenaments imposen al padrastre un deure de contribuir al manteniment del fillastre mentre conviu amb el progenitor (com a assistència al cònjuge en aquest deure en la llei suïssa, i com a deure propi en l'holandesa). Altres impliquen al padrastre en l'exercici de la potestat mentre dura la convivència, en el marc dels deures que imposa el matrimoni o la convivència (Alemanya i Suïssa). Hi ha legislacions que reconeixen la posició del padrastre també en els supòsits de crisi matrimonial o de parella (Holanda) o, exclusivament en aquests supòsits, per imposar-los el deure de manteniment o fins i tot per permetre'ls exercir la responsabilitat sobre el fill (Regne Unit, Canadà, alguns Estats dels USA). Altres limiten aquesta darrera possibilitat al cas que el progenitor que exerceix la potestat no pugui fer-se càrrec del fill (Alemanya). També hi ha legislacions que reconeixen al padrastre, directament o junt amb altres persones diferents als progenitors, la possibilitat de tenir contactes amb el fillastre en cas que cessi la convivència (Holanda, Regne Unit, França, alguns Estats dels USA, Alemanya).

Finalment, hi ha ordenaments que preveuen mecanismes voluntaris d'assumpció de responsabilitats respecte del fill de l'altre (França, Regne Unit i Holanda).

### ***4. Proposta***

La proposta consisteix a introduir en la legislació civil catalana algunes disposicions que tinguin en compte les característiques i la dinàmica de les famílies reconstituïdes per tal de:

-evitar que es formalitzin mitjançant mecanismes que no són adequats a la seva realitat i

-preveure quin és el paper que pot tenir el padrastre si cessa la convivència entre el progenitor i el padrastre, o si el primer mor o perd la possibilitat d'exercir la potestat sobre el fill.

S'ha de partir de la constatació que la família a la que ens referim sorgeix d'una decisió dels adults que pertany a l'àmbit personal de les seves relacions afectives i per a l'adopció de la qual es basen en el seu propi interès, que no s'identifica necessàriament amb el dels fills. Essent així, la regulació que se'n faci ha de centrar l'atenció en l'interès dels fills.

La llei hauria de permetre formalitzar aquestes relacions i preveure la possibilitat que persisteixin una vegada que la relació entre padrastre i progenitor es trenca, a fi i efecte de preservar els vincles afectius que el fill estableix de les vicissituds en la vida sentimental dels seus pares.

#### 4.1. Qüestions prèvies

##### a) Regular o no regular?

A favor de l'opció de legislar s'ha de partir del fet que cada vegada hi ha més famílies que responen al model de família reconstituïda, que tenen a càrrec els fills d'un d'ells o d'ambdós; en aquestes circumstàncies, els padrastres exerceixen en major o menor mesura algunes de les funcions que corresponen als pares, de manera que l'atribució a aquells de responsabilitats que el dret vigent atribueix exclusivament als pares no seria res més que el reconeixement legal del que succeeix cada dia en moltes llars.

Val a dir que en aquestes famílies la presència del padrastre pot ser font de seguretat afectiva, fins el punt que el fillastre pot haver-lo identificat com el seu pare, i també econòmica, especialment per a la família monoparental o la que surt d'una crisi matrimonial i, és en atenció a això, que sembla adient donar contingut jurídic al seu compromís vers els fillastres.

D'altra banda, el reconeixement legal d'una posició jurídica al padrastre li permetria tenir un coneixement clar de quina és la seva situació en la família, saber a què està obligat i què pot exigir; en definitiva, li proporcionaria seguretat en el seu rol familiar i això podria constituir un estímul a invertir més en les seves relacions amb el fillastre.

Suposaria, finalment, un terme mig entre l'absència de qualsevol reconeixement i les alternatives vigents que són l'adopció i el reconeixement de complaença i, per tant, podria fer disminuir els supòsits en què s'opta per aquestes.

En contra de l'opció de legislar, la relació del padrastre amb el fill deriva de la que aquell té amb el progenitor i que, per tant, la seva voluntat és exclusivament, al menys d'entrada, la relació personal amb el progenitor. Pot ser, fins i tot, el preu que li calgui pagar per aquella relació.

La fragilitat de les segones núpcies o relacions és una altra consideració que pot desaconsellar la formalització legal de les relacions dels padrastres amb els fills.

Quant als efectes, es pot témer que el reconeixement al padrastre de la legitimació per a reclamar drets de visita o, fins i tot, l'exercici de la potestat en cas de crisi de parella, pogués provocar comportaments estratègics per part seva, en el sentit d'amenaçar amb exigir-los per tal d'evitar-

ne les conseqüències econòmiques. Això podria provocar reticències del progenitor a establir relacions de parella amb l'objectiu d'evitar aquesta amenaça.

Així mateix si bé d'entrada sembla clar que és interessant per al fill que hi hagi més persones legalment responsables de la seva protecció, es pot témer que el parer del propi fill, i potser també el seu interès, quedin diluïts enmig del criteri i dels interessos de tantes persones.

Finalment, s'ha de valorar si la legislació sobre la que es discuteix podria incidir negativament en la relació del fill amb el progenitor amb el que no conviu, relació que s'ha de preservar en la mesura del possible, no només perquè el manteniment d'aquest vincle és important per al desenvolupament psicològic del fill, sinó també perquè el progenitor té drets i deures respecte del fill, el compliment dels quals la llei hauria de fomentar. En atenció a això cal posar els mitjans per a que no es senti desplaçat pel reconeixement de la figura del padrastre, de manera que pugui complir les seves funcions amb satisfacció.

### **b) Quines famílies?**

El problema de política legislativa és a quin tipus de família s'ha de dirigir la llei en un context social en el que és freqüent que hi hagi relacions de parella successives, en el que la durada de les segones i ulteriors relacions és inferior a la de les primeres i, per tant, pot succeir que la relació fill/padrastre no persisteixi després que el padrastre deixa de conviure a casa.

Per decidir sobre aquesta qüestió cal fixar l'atenció en el vincle que hi ha entre el padrastre i el fillastre i no entre el progenitor i el padrastre. Això comporta que calgui incloure tant les que es reconstitueixen a través del matrimoni com les que no es casen i entre aquestes darreres, també les homosexuals.

Tot i que el fet de casar-se pot indicar un compromís més gran amb la parella, perquè la sortida de la relació és més costosa pels cònjuges, cal tenir en compte que la realització per la parella d'actes de formalització de la seva relació (matrimoni) i amb els fills (adopció del fill del cònjuge o reconeixement de complaença) o, fins i tot, la voluntat de tenir fills comuns, no indiquen necessàriament una seriositat més gran del projecte familiar, sinó que es tracta d'un comportament típic en l'inici d'aquestes relacions. A més, el matrimoni és un compromís que s'adquireix vers el cònjuge i no vers el fill d'aquest.

En la meua opinió, el criteri fonamental ha de ser el de la convivència amb el fillastre durant un període mínim de temps a fi i efecte de tenir en compte només aquelles situacions en què hi ha hagut un coneixement mutu i en què la relació entre els adults ha demostrat una certa estabilitat. Hi ha altres circumstàncies que també podrien tenir-se en compte, com la contribució del padrastre a les despeses que genera el fillastre, sigui total o parcial; en aquest aspecte podria valorar-se si s'ha creat una situació de dependència econòmica. També la voluntat del padrastre d'assumir responsabilitats respecte del fillastre, que permetria diferenciar-lo del que es limita a tolerar la seva presència com a part del preu de tenir una relació amb el progenitor, i també la circumstància que el padrastre, de fet, hagi substituït l'altre progenitor en les funcions que són pròpies d'un pare .

S'ha d'advertir finalment que la mera convivència del padrastre en la mateixa llar que el fillastre pot donar lloc a l'aparença gairebé immediata de l'existència d'una relació familiar degut a què, de forma inevitable el padrastre ocupa físicament el lloc que abans corresponia al progenitor (ex., a taula i al llit), comparteix amb el progenitor les despeses que genera la vida en la llar, incloses, al menys, algunes de les que genera el fillastre i, a més, és possible que realitzi activitats relacionades amb el fill per a les quals està particularment preparat o que li agraden.

### c) Legislació imperativa o dispositiva?

Pel que fa al tipus de regulació, podria optar-se per una regulació **imperativa**, que imposés els drets i deures a totes les famílies que responguessin al model definit en la llei o bé per una regulació **dispositiva**, que oferís al padrastre la possibilitat d'assumir un conjunt de drets i de deures en relació al fill de l'altre. En ambdós casos la legislació regiria tant mentre dura la convivència com en el cas que aquesta cessi o es produeixi alguna circumstància que afecti l'exercici de les funcions parentals sobre el fill com pot ser la mort, declaració de mort o absència o privació de la potestat del cònjuge o la parella del padrastre. Una tercera opció seria una **regulació imperativa només sobre els efectes de la convivència** en cas de trencament de la relació.

L'opció **imperativa** comportaria la protecció d'aquells que més ho necessiten, que són els fills, amb independència de la voluntat del pare i del padrastre de comprometre's amb ell; l'opció dispositiva, en canvi, deixaria a mans dels adults la decisió sobre si establir uns vincles jurídics que afectaran, principalment, el fill. Aquesta darrera reforçaria, per tant, la preponderància de la voluntat dels pares en decisions que afecten fonamentalment la protecció del fill i faria dependre aquesta protecció de les negociacions entre el pare i el padrastre. Precisament, el caràcter dispositiu atorgaria força estratègica al padrastre que podria negociar si es converteix o no en membre de la família i, per tant, debilitaria la posició del progenitor i la del fill.

Com a consideracions que desaconsellen la solució imperativa cal partir de la constatació que, sigui quin sigui l'estatut jurídic que es vulgui imposar al padrastre, aquest no té, al contrari del que succeeix amb els progenitors, cap responsabilitat en la decisió personal o familiar de donar vida (o adoptar) el fillastre: la seva decisió consisteix en establir una relació amb l'adult que és el seu progenitor i la imposició d'una relació amb el fillastre podria considerar-se una intromissió en la seva vida familiar. Cal valorar també el possible desincentiu que aquesta imposició podria suposar a iniciar relacions de parella amb persones que tenen fills per evitar haver de fer-se'n responsable. Els pares, per la seva banda, serien reticents a què els seus fills establissin vincles amb el padrastre per evitar que si es trenca la relació, aquest pogués pretendre competir amb ell per als drets sobre el fill. Finalment, la imposició d'aquest vincle podria provocar recels en el fillastre, que potser no ha acceptat la relació del seu pare amb el padrastre i la seva presència en la llar familiar i també en l'altre progenitor, que veuria com es formalitzen els vincles que un tercer ha constituït amb el seu ex cònjuge o parella i amb els seus propis fills.

En un altre sentit s'ha de valorar en quina mesura una legislació d'aquest tipus respectaria suficientment l'autonomia dels individus per a organitzar les relacions familiars o si constituïria

potser un menysteniment del seu criteri i la imposició de solucions estandarditzades per a situacions tant diverses.

L'opció **dispositiva** suposaria el reconeixement del paper de la voluntat en la constitució de les relacions personals i, en aquest cas, l'establiment d'un estatut jurídic només si hi hagués voluntat de compromís entre les persones que constitueixen el grup familiar. Permetria ajustar el tractament jurídic a les diferents opcions de vida d'aquestes famílies i distingir les que tenen voluntat de formar un grup familiar de les que simplement accepten els fills de la parella.

Finalment, la solució de regular **només les conseqüències del cessament de la convivència** tindria l'avantatge de no interferir en les relacions familiars mentre hi ha harmonia, moment en el que la protecció del fill es produeix de forma natural. Els conflictes i la necessitat de protecció sorgeixen amb més força en el moment en què la relació entre pare i progenitor no existeix, quan el sentiment de solidaritat familiar desapareix i ja no hi ha un projecte de vida comú.

#### 4.2. La meva proposta

La proposta es concreta en tres mesures: En primer lloc, modificar la regulació de l'adopció, en segon lloc, permetre l'atribució de les funcions que constitueixen la potestat al padrastre i, en tercer lloc, atribuir algunes conseqüències jurídiques a la convivència en les famílies reconstituïdes.

##### a) Reformar l'adopció

En primer lloc caldria flexibilitzar els **requisits** per a l'adopció del fill del cònjuge o del de la parella a fi i efecte que pogués constituir-se en els casos en els que, donades les circumstàncies, sembli la solució més convenient, concretament:

-permetre l'adopció del major d'edat o emancipat, tot i que la convivència no s'hagi iniciat abans que aquest hagués complert catorze anys.

-suprimir el requisit d'edat mínima de vint-i-cinc anys per a l'adoptant, de la mateixa manera que no s'exigeix per a l'adopció conjunta si un dels dos el compleix, i encara amb més raó que en aquest darrer cas, ja que l'adopció que ara tractem suposa la continuïtat de la relació familiar amb un dels dos progenitors.

-suprimir el requisit de la diferència mínima d'edat entre adoptant i adoptat, per les mateixes raons que el requisit de l'edat mínima i fins i tot amb més motiu ja que, mentre que aquesta s'assoleix inexorablement amb el pas del temps, la diferència d'edat és un requisit impossible d'assolir per a qui no el compleix actualment.

S'evitaria així el problema que pot plantejar-se, per exemple, en el cas que el cònjuge o la parella tingui més d'un fill i que respecte d'un d'ells l'adopció no pugui constituir-se per manca d'un d'aquests requisits.

Quant a la limitació legal dels **supòsits** en els que es pot constituir l'adopció del fill del cònjuge o del fill de la parella, (art. 117.1 a) CF), en la meua opinió seria convenient suprimir-la i deixar a mans del Jutge la valoració sobre si l'adopció és convenient, atenent a les circumstàncies de cada cas: la raó és que les situacions familiars poden ser moltes i molt diferents i és molt difícil, com ho demostra la complicada i insatisfactòria redacció vigent, trobar una formulació adequada. La llei permet al Jutge denegar la constitució d'una adopció si considera que no és convenient en interès del fill, malgrat que es compleixin tots els requisits legals per a la seva constitució i aquesta és, en el meu parer, garantia suficient.

Finalment, s'hauria d'exigir un **període mínim de convivència** entre el progenitor i l'adoptant, de dos anys.

La legislació francesa exigeix dos anys de matrimoni per a l'adopció plena, la suïssa, cinc anys; en la legislació del Regne Unit l'adoptant i l'adoptat han d'haver conviscut durant, almenys, els sis mesos immediatament anteriors a l'adopció i, finalment, en la legislació holandesa el requisit es refereix tant a la convivència entre l'adoptant i el progenitor, que ha de ser de tres anys immediatament anteriors a la sol·licitud, com al fet que tant el progenitor com l'adoptant hagin tingut cura del fill, com a mínim durant un any.

#### **b) Permetre l'atribució de les funcions de la potestat**

La potestat tal i com està configurada en el dret vigent poden tenir-la atribuïda i poden exercir-la només el pare i la mare o un d'ells. Qualsevol altra persona que exerceixi funcions de protecció respecte de menors d'edat pot fer-ho per raó d'altres títols jurídics i la delegació del seu exercici només és admesa en el nostre dret si té com a destinatari l'altre progenitor, tant si el pare i la mare conviuen com si no. Quant a la guarda, l'art. 134 CF pot permetre l'atribució a persones diferents dels pares.

Altres ordenaments jurídics com el francès, l'anglès, l'holandès, així com l'aragonès utilitzen, en canvi, un concepte de potestat que, tot i que es configura com a funció primàriament atribuïda als pares, pot ser exercida per altres persones (autoridad familiar, parental responsibility, autorité parentale...). Alguns Convenis i altres documents que han elaborat diferents organismes internacionals utilitzen el terme responsabilitat parental i contempnen la possibilitat que l'exerceixin persones diferents dels pares, àdhuc el padrastre.

Així, el principi 23è del **Llibre Blanc** sobre principis relatius a la determinació i conseqüències jurídiques de la filiació del comitè d'experts en Dret de Família del **Consell d'Europa**, de 15-1-2002.

En la meua opinió, caldria permetre l'atribució de les funcions derivades de la potestat al padrastre, amb el consentiment d'ambdós progenitors i autorització judicial.

#### **- Supòsits**

Aquesta mesura podria ser adequada en els supòsits en els que

-l'adopció és impossible legalment, per manca d'algun requisit o de l'assentiment de l'altre progenitor,

-l'adopció és possible legalment però no convenient, perquè no és desitjable un canvi en la filiació ni el trencament amb una part de la família,

-també en els supòsits en què la potestat l'exerceix només un dels progenitors i, fins i tot, si bé amb caràcter excepcional en casos d'exercici compartit si un d'ells no exerceix els drets ni compleix els deures que atribueix la potestat, o bé si hi consenteix. En aquest sentit s'ha de tenir present que el fet de conviure amb els fills de l'altre comporta, inevitablement, que el padrastre pugui incidir, potser fins i tot més que el pare que no té la guarda, en moltes decisions que afecten l'educació del fill, la qual cosa pot entorpir l'exercici conjunt dels progenitors.

En aquests dos darrers casos es tracta de situacions en les que l'altre progenitor, de fet no exerceix la potestat per manca d'interès o per impossibilitat, però per a les quals l'adopció seria una mesura desproporcionada quant als seus efectes.

Finalment, l'atribució de les funcions que constitueixen la potestat hauria de ser permesa a les parelles homosexuals si no se'ls permet l'adopció del fill de l'altre o bé, en el cas contrari, per als supòsits en què aquesta no semblés convenient.

#### **- Requisites**

Només s'hauria de permetre l'atribució de les funcions de la potestat al padrastre que hagués conviscut amb el fill almenys durant el període d'un any ininterromput, immediatament anterior a la sol·licitud. L'altre progenitor hauria de ser notificat per a que consentís l'atribució, a menys que estigués privat o exclòs de la potestat i el Jutge podria adoptar la mesura en absència d'aquest consentiment si valora que és una mesura adequada en interès del fill.

#### **- Efectes**

El padrastre exerciria el conjunt de drets i deures que constitueixen la potestat i l'altre progenitor quedaria en la posició jurídica de qui té la titularitat i no l'exercici de la potestat, que té un conjunt de drets i deures que sols pot perdre per sentència o per adopció. El contingut d'aquesta posició jurídica consisteix en l'obligació de vetllar pel fill i alimentar-lo (art. 136), en la possibilitat de participar en decisions importants que afecten el fill (art. 139.4), de tenir contactes amb ell (art. 135 CF), de conèixer les circumstàncies sobre la seva cura personal i la gestió dels seus béns (art. 140), demanar intervenció judicial per evitar-li perjudicis (art. 134.2) deferir la tutela (art.173), assentir l'adopció (art.122) i, finalment, l'expectativa de recuperar l'exercici de la potestat.

El padrastre tindria el deure de contribuir a les despeses que genera el fillastre, tal i com ho imposa la legislació vigent (arts. 4.2 CF, 4.1 i 23 LUEP) i, per tant, l'atribució de les funcions de la potestat no suposaria l'assumpció de majors responsabilitats econòmiques. No s'ha de perdre de



vista que el deure dels pares de mantenir els fills no es perd ni tant sols en cas de privació de la potestat i que, per tant, mentre la relació entre padrastre i fillastre no es converteixi en relació paterno-filial per virtut de l'adopció, no se li pot imposar una obligació d'aliments. A banda d'això, la imposició d'aquesta obligació desincentivaria el padrastre d'assumir les funcions de la potestat si bé, per la mateixa raó, facilitaria la seva acceptació per part del progenitor amb el que el fill no conviu.

Així mateix caldria preveure quina seria la posició legal del padrastre en cas de cessament de la convivència entre el progenitor i el padrastre, i també en cas de privació de la potestat, mort, declaració de mort, impossibilitat, absència o incapacitat del progenitor per tal d'oferir solucions que permetin la continuïtat del menor en la llar familiar i evitar que mecanismes legals rígids obliguin a separar el fill del seu entorn habitual. És per això que el fet que el padrastre hagi exercit la potestat l'hauria de situar automàticament en la mateixa posició de preferència que l'altre progenitor o, en absència d'aquest, que els parents dels progenitors, de manera que l'entorn del fill fos el més semblant possible al que era abans del canvi en les circumstàncies familiars, per evitar així que perdi vincles afectius importants. Tot plegat suposaria un criteri que parteix del reconeixement de les responsabilitats assumides, fonamentat, per consegüent, en l'experiència i no en la predicció especulativa del comportament futur de les persones.

A continuació es descriuen els efectes que es produirien en cadascuna de les circumstàncies que s'han esmentat més amunt. En qualsevol d'aquests casos l'altre progenitor hauria de ser notificat per a que tingués oportunitat de manifestar el seu parer i, si és el cas, podria sol·licitar la recuperació de l'exercici de la potestat.

-En cas de **mort, declaració de mort o d'absència o privació** de la potestat del progenitor cònjuge o parella del padrastre, caldria eliminar l'automatisme legal que comporta avui que, si falta un progenitor, l'altre exerceix la potestat, per permetre al padrastre que ha exercit la potestat continuar exercint aquesta funció.

-En cas de crisi **matrimonial o cessament de la convivència** el padrastre podria continuar exercint la potestat, si així ho acordessin amb el progenitor i el Jutge apreciés que és convenient en interès del fill. Això podria succeir si l'altre progenitor no tingués interès en exercir la potestat, o bé, en cas contrari, si el jutge aprecia que no és convenient per al fill sortir de la llar on vivia atès que ha constituït vincles afectius importants, per exemple amb els fills nascuts de la relació entre el seu progenitor i el padrastre.

En cas contrari, el padrastre podria sol·licitar mantenir els contactes amb el fillastre i se li podria imposar el deure de mantenir-lo, que estaria en funció de les circumstàncies del cas (caldrà tenir en compte, entre altres, les necessitats del fill, la situació de dependència creada, l'existència d'un altre progenitor amb deure d'aliments i la durada de la convivència), al menys de forma temporal. La durada d'aquesta obligació podria ser proporcional al temps de convivència, bé sigui limitant-la al mateix espai de temps que va durar la convivència o bé a una part proporcional d'aquest espai. Aquest criteri permetria

fer una distinció entre fillastres i fills biològics ja que per a aquests el dret no té més límit que l'edat i a més evitaria el problema de la possible "acumulació" d'"ex-padrastres" obligats.

-En situacions **d'impossibilitat d'exercici de la potestat o incapacitat** del progenitor, i mentre no hi hagués motius per adoptar una mesura definitiva, el padrastre seguiria exercint, ell sol, la potestat sempre i quan es valorés la conveniència d'aquesta solució tenint en compte la durada de la convivència, la voluntat de les parts, l'existència d'altres familiars amb una relació propera i la presència d'altres fills en la llar (germans de vincle simple, per exemple).

-En cas de **mort del padrastre** mentre aquest exerceix la potestat podria atribuir-se al fillastre que ho necessités el dret a reclamar dels hereus una pensió amb una durada limitada, bé a un determinat espai de temps immediatament posterior a la mort, bé proporcional al temps de convivència, mentre el fillastre fos menor i persistís la situació de necessitat.

L'atribució de les funcions de la potestat podria deixar-se sense efectes per decisió judicial, a petició dels progenitors o del padrastre si convingués en interès del fill.

### c) **Associar alguns efectes a la convivència amb el fill del cònjuge o de la parella**

En aquesta tercera i última situació trobaríem les famílies reconstituïdes que ni han formalitzat una adopció ni han atribuït al padrastre la potestat, però en les quals aquest ocupa la posició de pare en la família i de manera inevitable participa en l'organització i en l'educació no formal del fill. En aquesta situació el padrastre exerceix, de fet, la guarda del fill mentre aquest es troba en la seva àrea d'influència, i té el deure de contribuir a fer front a les seves necessitats bàsiques.

En aquests supòsits es tractaria d'afegir el padrastre (sigui del mateix o de diferent sexe que el progenitor) al grup de parents als que la llei atribueix funcions de protecció dels menors, però sense el caràcter preferent que, tal com s'ha proposat més amunt, tindria el padrastre que exerceix la potestat. Es tractaria així d'evitar que la preferència legal per persones que tenen un vincle jurídic amb el fill impedeixi al jutge adoptar la mesura més convenient en cada cas, tenint en compte l'interès del fill.