

InDret

Las relaciones paterno-familiares de hecho

Margarida Garriga Gorina

Facultat de Dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper de Derecho Catalán nº: 13

Barcelona, julio de 2004

www.indret.com

Sumario

- 1. Introducción: delimitación y estadística**
- 2. Tratamiento legal de la familia reconstituida en el derecho civil catalán**
- 3. Apunte de derecho comparado**
- 4. Propuesta**
 - 4.1. Cuestiones previas**
 - a) ¿Regular o no regular?**
 - b) ¿Qué familias?**
 - c) ¿Legislación imperativa o dispositiva?**
 - 4. 2. Mi propuesta**
 - a) Reformar la adopción**
 - b) Permitir la atribución de las funciones que constituyen la potestad al padrastro**
 - Supuestos**
 - Requisitos**
 - Efectos**
 - c) Asociar algunos efectos a la convivencia con el hijo del cónyuge o de la pareja**

1. Introducción, delimitación y estadística

La **Llei 18/2003, de 4 de juliol, de suport a les famílies** introdujo un concepto en el ordenamiento jurídico catalán que es el de las *relaciones familiares de hecho*, que son, según la definición que hace la propia ley, "las que se establecen entre una persona y los hijos de su cónyuge o de su pareja estable" (Art. 17 b) **DOGC** núm. 3926, de 16-07-2003). Esta ley les otorga el mismo trato, a efectos de las reducciones por razón del grado de parentesco con el causante en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, que a las relaciones entre ascendentes y descendientes por naturaleza o por adopción.

1.1. Delimitación

La familia reconstituida es el grupo formado por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos, por lo menos, de uno de ellos y, si los hay, los hijos comunes. Existen varios modelos en función de su origen y de su composición: puede haberse originado después de la muerte de uno de los progenitores, de un divorcio, separación o ruptura de convivencia marital, y también en casos de filiación sólo determinada respecto de un progenitor. La familia reconstituida puede formalizarse mediante el matrimonio o no, y puede incluir hijos de uniones anteriores, de uno solo de sus miembros o de ambos, y también hijos comunes.

La viudez estuvo durante mucho tiempo en el origen de las familias reconstituidas. Muerto el padre o la madre joven debía buscarse un sustituto que pudiera ejercer las tareas atribuidas a su sexo, en una sociedad en la que éstas estaban distribuidas de forma muy marcada en función del sexo. En el fondo, el segundo matrimonio del cónyuge viudo se consideraba un mal menor, en una sociedad que mantenía una única concepción del matrimonio, la religiosa, fundamentada en el ideal monogámico. En este contexto, las reticencias a los subsiguientes matrimonios se materializaban fundamentalmente en la segunda esposa del padre viudo, que no ha gozado nunca de buena prensa, ni como madre, por cómo debía asumir las tareas de cuidado de los hijos que no había engendrado y a los que se suponía que no podía querer por falta de instinto maternal; tampoco como esposa, ya que era la persona que sustituía a la madre desaparecida, también en su relación con el padre, lo que generaba sentimientos de celos principalmente en los hijos (Irène THÉRY, "Le costellazioni familiari ricomposte: una questione sociale e culturale", en Silvia MAZZONI (Director), *Nuove costellazioni familiari*, Giuffrè, Milano, 2002).

Con el aumento de la esperanza de vida y la posibilidad de disolver el matrimonio por el divorcio, la reconstitución a través de las segundas nupcias manifiesta la voluntad de borrar el pasado y de formar una nueva familia mediante la sustitución del padrastro por el padre. En este contexto la adopción plena, que rompe todos los vínculos con la familia del otro progenitor, es un instrumento adecuado para la formalización de la reconstitución.

Hoy las familias reconstituidas provienen de situaciones de crisis matrimonial en la mayor parte de los casos y de maternidad extramatrimonial y, con menos frecuencia, de viudez. Hay que añadir el caso de las parejas homosexuales que conviven con hijos de uno de sus miembros, ya sean fruto de una relación anterior, concebidos por la utilización de técnicas de reproducción asistida o adoptados por uno de ellos.

En adelante, para hacer menos gravoso el texto, sólo utilizaré el término masculino padrastro para referirme tanto al masculino como al femenino y tanto a los matrimonios como a las parejas de hecho. Como se verá, la estadística muestra que hay más padrastrós que madrastras.

El objetivo de este trabajo es exponer los problemas que plantea para las familias reconstituidas la aplicación de una legislación que no tiene en cuenta sus características y su dinámica y proponer algunas soluciones. Los problemas fundamentales que se plantean son dos:

Primero: no hay vías legales adecuadas para la formalización de las relaciones del padrastro con los hijos del cónyuge o de la pareja, lo que conlleva que se utilicen mecanismos legales inadecuados como son la adopción y el reconocimiento de complacencia

Segundo: el padrastro no aparece entre las personas a las que la ley encarga la protección de hijo en colaboración o en sustitución de un progenitor

1.2. Datos estadísticos

El silencio de la ley contrasta con la realidad social: hay miles de familias en las que un progenitor y su cónyuge o su pareja encabezan el hogar familiar y organizan y financian la educación y mantenimiento de los hijos, sean o no comunes.

En Francia, un estudio estadístico hecho sobre datos de 1999 indica que 1.600.000 menores de 25 años vivían en familias reconstituidas, entre los que 1.100.000 vivían con un progenitor y su pareja y 513.000 con los dos progenitores y uno o más medio-hermanos. Se constata también que el número de estas familias (1 de cada 10 familias con hijos) ha aumentado un 10% en el período 1990-1999, y que el incremento es especialmente fuerte (13%) en relación con las familias reconstituidas en las que hay hijos comunes además de hijos de uniones anteriores (Fuente: INSEE Première, Junio 2003).

Las estadísticas indican que en España el **número de separaciones y divorcios**, origen mayoritario de las reconstituciones familiares, no para de crecer y que aumenta el número de **segundas nupcias** y, especialmente, el de segundas relaciones de personas divorciadas, mientras que disminuye el número de primeras nupcias y de matrimonios de personas viudas.

En el período 1993-2001 el número de divorcios pasó de 28.854 a 37.586, y el de separaciones, de 43.941 a 65.650. Por lo que respecta a las declaraciones civiles de nulidad matrimonial, en el año 1993 hubo 78 y 152 en 2001 (Anuario Estadístico de España, 2004).

Aumenta también el número de segundas nupcias, especialmente de personas divorciadas.

En Cataluña, entre el año 1975 y el 2001 el número de matrimonios de hombres viudos pasó de los 864 a los 310, el de divorciados de 1403 (año 1986) a 2.905, y el de primeras nupcias de los 45.000 a 27.000. En cuanto a las mujeres, en el mismo período, el número de matrimonios de viudas pasó de 578 a 218, el de divorciadas de 948 (1986) a 2.554, y el de primeras nupcias de 45.200 a 27.670. Así, el porcentaje de matrimonios que son segundas o subsiguientes nupcias para, por lo menos, uno de los cónyuges pasó del 8,9% al 15 % entre los años 1986 y 2001 (Anuario Estadístico de Cataluña, 2003).

El índice de **fracaso de las segundas nupcias**, por otro lado, es superior al de las primeras.

Los datos que provienen de Estados Unidos de América señalan que fracasan alrededor de un 50% de las primeras nupcias y un 60 % de las segundas (Stepfamily Foundation: <http://www.saafamilies.org/>)

y aumenta de forma sostenida el porcentaje de **nacimientos de hijos de madres solteras**, que en España se ha duplicado en los últimos quince años y que representaban, en el año 2001, el 19,7% del total de nacimientos (INE 2003).

El número de padrastrós es superior al de madrastras debido a que la mujer obtiene la guarda de los hijos en la mayoría de rupturas familiares (91,4% de los casos; Diego RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio*, Madrid, CIS, 1999, p. 187) y la mayor parte de los núcleos familiares monoparentales están constituidos por madre sola con hijos, aunque la tendencia es decreciente: en Cataluña constituían en el año 1991 un 84% de los hogares monoparentales y en 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/>).

También deben tenerse en cuenta las parejas homosexuales que, en Cataluña, en un estudio hecho sobre datos del año 1996, se constató que tenían a cargo 15.400 hijos, de los que 8.600 eran menores (*La infància i les famílies...*).

En cuanto a la formación de nuevas familias después de la crisis matrimonial, de la *Encuesta Sociodemográfica* del año 1991 se estudiaron las relaciones entre los excónyuges y el inicio de relaciones de pareja, así como la incidencia de la ruptura en las relaciones paterno-familiares (RUIZ BECERRIL, *Después del divorcio*).

Según este estudio, entre los **factores que inciden en la consolidación de nuevas relaciones de pareja** después de una crisis matrimonial, se observa que la **presencia de hijos** determina una tendencia a no iniciarlas, especialmente en las mujeres, creciente a medida que el número de hijos es mayor, y también determina un número mayor de relaciones no matrimoniales que de matrimonios. Si no hay hijos, los porcentajes de matrimonios y cohabitación son semejantes (RUIZ BECERRIL, p. 169).

Entre los hombres con **hijos a cargo**, el tanto por cien de los que no tienen segunda relación es inferior y, tanto para los hombres como para las mujeres con hijos a cargo, la situación más favorable para tener una segunda relación es la de tener un solo hijo. En cuanto al tipo de relación, los hombres que tienen uno o dos hijos a cargo registran un porcentaje superior de segundas nupcias, y a partir de los tres hijos es más probable que convivan sin casarse. Entre las mujeres, en cambio, el número de situaciones de cohabitación es siempre superior al de segundas nupcias, excepto si tienen cinco o más hijos a cargo (RUIZ BECERRIL, p. 170).

La **mayor duración del matrimonio** es un factor que determina en los hombres un porcentaje superior de segundas relaciones, mientras que en la mujer la relación es inversa. La probabilidad de tener segundas relaciones se relaciona igualmente con la **edad** de los sujetos en el momento de la ruptura, de manera que se registra un mayor número de segundas relaciones en la medida en que la ruptura matrimonial tuvo lugar a una edad más joven (RUIZ BECERRIL, p. 179). El tiempo transcurrido desde la ruptura también incide de forma significativa en la probabilidad de tener una segunda relación: la mayor parte de las segundas relaciones se registran en los primeros 10 años siguientes y, en cuanto al tipo de relación, en los 10 primeros años es más frecuente la cohabitación y, a partir de los 11, el matrimonio. Los hombres consolidan la segunda relación de forma más rápida después de la ruptura que las mujeres: pasados 10 años de la ruptura, 6 de cada 10 hombres vuelven a vivir en pareja, frente a sólo 2 de cada 10 mujeres (René HOULÉ, Montserrat SOLSONA, Rocío TREVIÑO "Divorcio y trayectorias familiares post-ruptura ¿un fenómeno nuevo?", *Papers de demografia*, núm 184 (2001) p. 28).

La reconstitución familiar incide negativamente en las **relaciones del hijo con el progenitor que no tiene la guarda**. Los datos indican que la disminución de la frecuencia de estas relaciones e incluso su desaparición se asocian, por una parte, al matrimonio o a la cohabitación de cualquiera de los progenitores y, por otro lado, al transcurso del tiempo desde que los progenitores dejaron de convivir (RUIZ BECERRIL, p. 223).

1.3. Características y dinámica de las familias reconstituidas

La familia reconstituida es **más compleja** que la tradicional y **menos estable** pero es **una unidad que realiza las funciones atribuidas al grupo familiar**. Su complejidad deriva del hecho que el padrastro es un extraño para el hijastro y, al mismo tiempo, es la persona más próxima al pariente más próximo del hijo: el padre o la madre.

Las **dificultades de la convivencia en las familias reconstituidas** son muchas y alcanzan las relaciones del padrastro con el progenitor, del progenitor con los hijos, del padrastro con el hijastro, del otro progenitor con los hijos, de los progenitores entre sí, y del otro progenitor con el padrastro. La complejidad de las relaciones aumenta si el padrastro tiene descendencia y también si éste y el progenitor deciden tener hijos comunes. Todo ello incide probablemente en la **mayor fragilidad de las segundas nupcias**.

El proceso de constitución de vínculos afectivos entre aquellos que forman la familia reconstituida es lento; no obstante, en muchos casos estas relaciones se formalizan rápidamente en lo que se ha observado que es una etapa inicial de fantasía que se caracteriza por un fuerte deseo de formar, cuanto antes, una familia a imagen de las familias "normales". Así, es frecuente que formalicen su

unión al poco tiempo de haberse conocido, que se hagan llamar "padre" por los hijos del otro, que los adopten o, incluso, que tengan descendencia común.

En el aspecto económico, la llegada del padrastro supone habitualmente una mejora en el bienestar de la familia, especialmente en los casos en que ésta contaba sólo con los recursos de la madre. Sin embargo, hay estudios que constatan que en estas familias se dedica menos tiempo a atender y educar a los hijos, lo que repercute en una mayor incidencia de problemas asociados a estos déficits; incluso se ha constatado que los hijastros se van de casa más jóvenes de lo que es habitual, especialmente si hay hermanastros. Finalmente, **las estadísticas indican una especial incidencia de situaciones de violencia hacia los hijastros**, aunque en menor medida de lo que se había afirmado por parte de las teorías de la sociobiología.

La relación del hijo con el progenitor con el que no convive se resiente mucho como consecuencia de la ruptura y la reconstitución familiar, debido fundamentalmente a que los hombres, a diferencia de las mujeres, vinculan la relación de paternidad a la relación de pareja, de manera que la ruptura de la segunda puede incidir en la ruptura de la primera. Los hijos, y especialmente las hijas, bajo guarda materna, generalmente, desarrollan una relación pobre con el padre; en la relación con la madre ausente, en cambio, se registran pocas diferencias entre las familias intactas y las divorciadas.

Los factores que pueden incidir en el mayor contacto y afectividad con las madres que con los padres son, entre otros, los siguientes: en primer lugar, con la ruptura, algunos padres pierden interés por los hijos, puesto que para el hombre a menudo el matrimonio es el elemento que define la responsabilidad de la paternidad, y la ruptura matrimonial provoca también la ruptura con los hijos. Para la mujer, en cambio, maternidad y matrimonio son dos instituciones independientes: la madre tiene cuidado de los hijos con independencia del estado de su relación con el padre. En segundo lugar, hay una razón de orden práctico que es la dificultad que tienen algunos padres para relacionarse con los hijos debido a problemas de distancia geográfica, a los obstáculos que pone la madre a estas relaciones y también a las dificultades de relación con ésta. En tercer lugar, se habla de una falta de habilidad relacional del hombre, que tiene dificultad para mantener con éxito relaciones independientes con sus hijos: es frecuente que el padre, incluso en situaciones de paz familiar, establezca la relación con los hijos a través de la madre, lo que provoca que, en situaciones de crisis, el padre no esté preparado para establecer vínculos directos con sus hijos.

No obstante, los psicólogos coinciden en la **conveniencia que el hijo mantenga los lazos afectivos que establece a lo largo de su vida**, ya sean los progenitores, ya otras personas que han hecho esta función. A diferencia de los adultos, que sustituyen a una pareja por otra después de la ruptura de la relación, para el hijo no se produce esta sustitución del padrastro por el progenitor sino que, en el mejor de los casos, con el tiempo, el padrastro se añadirá al grupo de personas que son sus referentes afectivos. El conflicto que eso pueda provocar entre los adultos si todos ellos desean la exclusividad de sus relaciones con el hijo no tiene por qué perjudicar a éste, que es totalmente ajeno a la ruptura y a la formación de las relaciones entre los adultos en cuyas manos se encuentra. En el contexto de este conflicto hay que huir de soluciones basadas en la exclusividad de los derechos de algunos de ellos y

buscar la vía que permita respetar aquellos vínculos que se han ido constituyendo con el paso del tiempo.

2. Tratamiento legal de la familia reconstituida en el derecho civil catalán

La ausencia de un tratamiento legislativo adecuado de las familias reconstituidas es un hecho común en muchos ordenamientos de nuestro entorno y que ha preocupado, a partir de los años noventa, a la doctrina y a algunos legisladores fuera de nuestras fronteras. Es un elemento recurrente en la mayoría de reflexiones la constatación que la adopción es una vía inadecuada para formalizar las relaciones jurídicas en las familias reconstituidas.

La legislación civil vigente responde al modelo de familia formada por dos personas de sexo diferente que conviven con los hijos comunes, biológicos o adoptivos, y contempla la paternidad como un estatuto exclusivo de padre y madre, que ostentan todos los derechos y deberes respeto del hijo, de manera que la incorporación a esta familia de otra persona con potestades sobre el hijo puede tener lugar sólo si se produce la sustitución, mediante la adopción.

Debe ponerse en duda la rigidez de este sistema ya que la persona que se casa o convive con el padre puede establecer vínculos afectivos y económicos con el hijastro, que son compatibles con los que éste tiene con las familias paterna y materna de origen.

El cónyuge o la pareja heterosexual del progenitor puede **adoptar** al hijo de éste y llegar a ser así legalmente padre, de modo que el adoptante y su familia sustituyen al progenitor, y el adoptado rompe todos los vínculos con la rama familiar paterna o materna. Se trata de una opción que, debido a sus efectos, no es adecuada para las familias reconstituidas, excepto en el caso de que la filiación estuviese determinada sólo respeto de un progenitor, o bien en el caso de que uno de ellos hubiese muerto o estuviese privado o excluido de la potestad. Deben tenerse en cuenta, no obstante, los inconvenientes que comporta la ruptura con la familia anterior, paterna o materna, a todos los efectos.

El hecho de que la adopción del hijo del otro se constituya a menudo como demostración de amor al cónyuge o a la pareja puede llevar a la idea de que la adopción es algo contingente al matrimonio o en relación con éste. La ruptura entre progenitor y adoptante, bastante probable si se tiene en cuenta la fragilidad de las segundas nupcias o uniones, deja entonces sin sentido la adopción, que es irrevocable. Otras veces la finalidad es evitar que el otro progenitor siga teniendo contactos con el hijo.

El **reconocimiento de complacencia** también se utiliza con la finalidad de formalizar la relación con el hijo del otro y requiere que sólo haya una filiación determinada y que ésta sea compatible con la

que se trata de establecer. Debe ponerse en duda que se trate de una vía adecuada para las familias reconstituidas, ya que supone hacer constar como progenitor por naturaleza a una persona que no lo es.

En opinión de la DGRN el reconocimiento es nulo si no responde a la realidad (RDGRN 11-11-2002, RJ 2003\1100), en el mismo sentido el TSJC ha afirmado que es inválido, ineficaz y nulo (TSJC 16-12-1997, RJ 1998\7761 y 29-6-1998, RJ 10058) y, según la doctrina especializada, se trata de un acto contrario a ley (Francisco RIVERO HERNÁNDEZ en José Luis LACRUZ, Francisco de Asís SANCHO, Agustín LUNA, Francisco RIVERO, Joaquín RAMOS, *Elementos de derecho civil*, IV: Derecho de familia, 4^a ed. Barcelona, Bosch, 1997).

Además, dificulta al verdadero progenitor la determinación de la filiación por naturaleza, ya que debería impugnar la paternidad establecida para que la suya quedara determinada. Finalmente, este reconocimiento sitúa al hijo en una situación frágil pues, aunque el reconocimiento es irrevocable, la filiación es vulnerable a una acción de impugnación por falta de correspondencia con la verdad biológica, para cuyo ejercicio está legitimado su autor.

En definitiva, este sistema, que permite los reconocimientos de complacencia y que legitima a su autor para impugnar su paternidad, provoca que el reconocimiento pueda ser valorado por algunos padrastrlos como una opción más atractiva que la adopción que, como el reconocimiento, también es irrevocable, aunque sólo puede extinguirse a instancia de los progenitores por naturaleza, en plazos limitados y teniendo en cuenta siempre el interés del hijo, pero nunca a iniciativa del adoptante.

Por lo que respecta a efectos de la convivencia en la familia reconstituida, el Código de Familia considera gasto familiar los alimentos a los hijos del cónyuge si conviven en el hogar familiar y lo necesitan (art. 4.2 CF), y la Ley de Uniones Estables de pareja los considera gasto común (tanto para las uniones homosexuales, en el art. 23, como para las heterosexuales, en el art. 4.1). No obstante, no se trata propiamente un deber de alimentos, sino de un deber de contribuir a hacer frente a los gastos que genera la convivencia en el mismo hogar de los parientes de uno o del otro, y que persiste sólo mientras dura la convivencia.

En el caso que el progenitor y el padastro dejen de convivir, el padastro no tiene ninguna responsabilidad respecto de los hijos del otro, ni pueden serle otorgadas las funciones que integran la potestad. Sus relaciones personales con el hijastro pueden persistir en forma de derecho de relación o visita (art. 135 CF).

Tampoco para el caso que el progenitor con quien el hijo convive **muera, devenga incapaz o no pueda ejercer la potestad por cualquier causa**, no se ha previsto el modo de tener en cuenta al padastro, sino que será el otro progenitor el que seguirá ejerciendo la potestad en caso de que el ejercicio fuera compartido. Si la potestad la ejercía sólo el progenitor cónyuge o pareja del padastro, el otro progenitor recuperaría su ejercicio de forma automática y, por lo tanto, sin tener en cuenta al

padrastro, que quizá es la persona que ha ejercido de forma más intensa las funciones que son propias del padre junto con el otro progenitor. Esta recuperación no se podría producir si el ejercicio unilateral se debía a la imposibilidad, incapacidad o ausencia del otro progenitor: en estas circunstancias, el hijo quedaría bajo la guarda de hecho del padrastro, cuya presencia no está contemplada, y no hay una vía que permita la continuidad de su relación con el hijo, que puede ser su único o más importante referente afectivo. Sin embargo, se podría constituir la tutela o la adopción si las circunstancias que impedían el ejercicio se convierten en definitivas.

Si sólo había un progenitor legalmente determinado y éste no pudiese, por cualquier causa, cumplir las funciones inherentes a la potestad, el padrastro podría adoptar al hijo del cónyuge o ser nombrado tutor, cargo para el cual la ley menciona al cónyuge o a la pareja heterosexual del padre o de la madre en el orden legal de preferencia para su nombramiento (art. 179.1 c. CF).

La **Compilación de Aragón** es la única en el Estado español que prevé la posibilidad que el padrastro participe en la *autoridad familiar* respeto de los hijos de su cónyuge que viven en el hogar familiar, con el objetivo que ambos cónyuges puedan participar de los mismos derechos y deberes respeto de todos los descendientes, comunes o no, que conviven en el hogar familiar. También para el caso de muerte de los progenitores se regula el otorgamiento al padrastro de la autoridad familiar para evitar así la constitución de la tutela. Las facultades de los llamados a ejercer la autoridad en tal caso son las mismas que tenían los progenitores, incluidas la administración y disposición del patrimonio del hijo, pero no se constituye una relación de filiación, de modo que el hijo conserva las relaciones de parentesco y los apellidos y no adquiere derechos sucesorios legales. En la jurisprudencia no se han encontrado casos de aplicación de estas normas.

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. Apunte de derecho comparado

Algunos ordenamientos imponen al padrastro un deber de contribuir al mantenimiento del hijastro mientras convive con el progenitor (como asistencia al cónyuge en este deber en la ley suiza, y como deber propio en la holandesa). Otros implican al padrastro en el ejercicio de la potestad mientras dura la convivencia, en el marco de los deberes que impone el matrimonio o la convivencia (Alemana y Suiza). Hay legislaciones que reconocen la posición del padrastro también en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja (Holanda) o, exclusivamente en estos supuestos, para imponerles el deber de mantenimiento o incluso para permitirles ejercer la responsabilidad sobre el hijo (Reino Unido, Canadá, algunos Estados de los USA). Otros limitan esta última posibilidad al caso que el progenitor que ejerce la potestad no pueda hacerse cargo del hijo (Alemania). También hay legislaciones que reconocen al padrastro, directamente o junto con otras personas diferentes de los progenitores, la posibilidad de tener contactos con el hijastro en caso que cese la convivencia (Holanda, Reino Unido, Francia, algunos Estados de los USA, Alemania).

Finalmente, hay ordenamientos que prevén mecanismos voluntarios de asunción de responsabilidades respecto del hijo del otro (Francia, Reino Unido y Holanda).

4. Propuesta

La propuesta consiste en introducir en la legislación civil catalana algunas disposiciones que tengan en cuenta las características y la dinámica de las familias reconstituidas para:

- evitar que se formalicen mediante mecanismos que no son adecuados a su realidad y
- prever cuál es el papel que puede tener el padrastro si cesa la convivencia entre el progenitor y el padrastro, o si el primero muere o pierde la posibilidad de ejercer la potestad sobre el hijo.

Debe partirse de la constatación de que la familia a la que nos referimos surge de una decisión de los adultos que pertenece al ámbito personal de sus relaciones afectivas y para cuya adopción se basan en su propio interés, que no se identifica necesariamente con el de los hijos. De este modo, la regulación que se haga debe centrar la atención en el interés de los hijos.

La ley debería permitir formalizar estas relaciones y prever la posibilidad **de** que persistan desde el momento que la relación entre padrastro y progenitor se rompe, con tal de preservar los vínculos afectivos que el hijo establece de las vicisitudes en la vida sentimental de sus padres.

4.1. Cuestiones previas

a) ¿Regular o no regular?

A favor de la opción de legislar debe partirse del hecho que cada vez existen más familias que responden al modelo de familia reconstituida, que tienen a cargo los hijos de uno de ellos o de los dos; en estas circunstancias, los padrastrós ejercen en mayor o menor medida algunas de las funciones que corresponden a los padres, de modo que la atribución a aquéllos de responsabilidades que el derecho vigente atribuye exclusivamente a los padres sería, tan sólo, el reconocimiento legal de lo que sucede cada día en muchos hogares.

Debe decirse que en estas familias la presencia del padastro puede ser fuente de seguridad afectiva, hasta el punto que el hijastro puede haberlo identificado como su padre, y también económica, especialmente para la familia monoparental o la que sale de una crisis matrimonial y, es en atención a esto, que parece conveniente dar contenido jurídico a su compromiso hacia los hijastros.

Por otro lado, el reconocimiento legal de una posición jurídica al padastro le permitiría tener un conocimiento claro de cuál es su situación en la familia, saber a qué está obligado y qué puede exigir; en definitiva, le proporcionaría seguridad en su rol familiar, lo que podría constituir un estímulo a invertir más en sus relaciones con el hijastro.

Supondría, finalmente, un término medio entre la ausencia de cualquiera reconocimiento y las alternativas vigentes que son la adopción y el reconocimiento de complacencia y, por lo tanto, podría hacer disminuir los supuestos en los que se opta por éstas.

En contra de la opción de legislar, la relación del padastro con el hijo deriva de la que aquél tiene con el progenitor y de que, por lo tanto, su voluntad es exclusivamente, al menos de entrada, la relación personal con el progenitor. Puede ser, incluso, el precio que debe pagar por aquella relación.

La fragilidad de las segundas nupcias o relaciones es otra consideración que puede desaconsejar la formalización legal de las relaciones de los padrastrós con los hijos.

Por lo que a los efectos se refiere, se puede temer que el reconocimiento al padastro de la legitimación para reclamar derechos de visita o, incluso, el ejercicio de la potestad en caso de crisis de pareja, podría provocar comportamientos estratégicos por su parte, en el sentido de amenazar con exigirlos para evitar las consecuencias económicas. Ello podría provocar reticencias del progenitor a establecer relaciones de pareja con el objetivo de evitar esta amenaza.

Asimismo, si bien de entrada parece claro que es interesante para el hijo que haya más personas legalmente responsables de su protección, se puede temer que el parecer del propio hijo, y quizás también su interés, queden diluidos en medio del criterio y de los intereses de tantas personas.

Finalmente, debe valorarse si la legislación sobre la que se discute podría incidir negativamente en la relación del hijo con el progenitor con el que no convive, relación que se debe preservar en la medida de lo posible, no sólo porque el mantenimiento de este vínculo es importante para el desarrollo psicológico del hijo, sino también porque el progenitor tiene derechos y deberes respeto del hijo, cuyo cumplimiento debería ser fomentado por la ley. En atención a ello deben ponerse los medios para que no se sienta desplazado por el reconocimiento de la figura del padrastro, de modo que pueda cumplir sus funciones con satisfacción.

b) ¿Qué familias?

El problema de política legislativa es a qué tipo de familia se debe dirigir la ley en un contexto social en el que es frecuente que haya relaciones de pareja sucesivas, en el que la duración de las segundas y ulteriores relaciones es inferior a la de las primeras y, por lo tanto, puede suceder que la relación hijo/padrastro no persista después de que el padrastro deje de convivir en casa.

Para decidir sobre esta cuestión hay que fijar la atención en el vínculo que existe entre el padrastro y el hijastro y no entre el progenitor y el padrastro. Ello conlleva que deban incluirse tanto las que se reconstituyen a través del matrimonio como las que no se casan y entre estas últimas, también las homosexuales.

Aunque el hecho de casarse puede indicar un mayor compromiso con la pareja puesto que la salida de la relación es más costosa para los cónyuges, hay que tener en cuenta que la realización por la pareja de actas de formalización de su relación (matrimonio) y con los hijos (adopción del hijo del cónyuge o reconocimiento de complacencia), o incluso la voluntad de tener hijos comunes, no indican necesariamente una mayor seriedad del proyecto familiar, sino que se trata de un comportamiento típico en el inicio de estas relaciones. Además, el matrimonio es un compromiso que se adquiere hacia el cónyuge y no hacia el hijo de éste.

En mi opinión, el criterio fundamental debe ser el de la convivencia con el hijastro durante un período mínimo de tiempo con tal de tener en cuenta sólo aquellas situaciones en que ha existido un conocimiento mutuo y en las que la relación entre los adultos ha demostrado una cierta estabilidad. Hay otras circunstancias que también podrían tenerse en cuenta, como la contribución del padrastro a los gastos que genera el hijastro, sea total o parcial; en este aspecto podría valorarse si se ha creado una situación de dependencia económica. También la voluntad del padrastro de asumir responsabilidades respeto del hijastro, lo que permitiría diferenciarlo del que se limita a tolerar su presencia como parte del precio de tener una relación con el progenitor, y también la circunstancia que el padrastro, de hecho, haya sustituido al otro progenitor en las funciones que son propias de un parente.

Debe advertirse, finalmente, que la mera convivencia del padrastro en el mismo hogar que el hijastro puede dar ocasión a la apariencia casi inmediata de la existencia de una relación familiar debido a que, de forma inevitable, el padrastro ocupa físicamente el lugar que antes correspondía al progenitor (ej., en la mesa y en

la cama), comparte con el progenitor los gastos que genera la vida en el hogar, incluidos, al menos, algunos de los que genera el hijastro y, además, es posible que realice actividades relacionadas con el hijo para las que está particularmente preparado o que le gustan.

c) ¿Legislación imperativa o dispositiva?

Por lo que respecta al tipo de regulación, podría optarse por una regulación **imperativa**, que impusiera los derechos y deberes a todas las familias que respondieran al modelo definido en la ley o bien por una regulación **dispositiva**, que ofreciera al padrastro la posibilidad de asumir un conjunto de derechos y deberes en relación con el hijo del otro. En ambos casos la legislación regiría tanto mientras dura la convivencia como en caso de que ésta cese o se produzca alguna circunstancia que afecte al ejercicio de las funciones parentales sobre el hijo como puede ser la muerte, declaración de muerte o ausencia o privación de la potestad del cónyuge o la pareja del padrastro. Una tercera opción sería una **regulación imperativa sólo sobre los efectos de la convivencia** en caso de ruptura de la relación.

La opción **imperativa** comportaría la protección de aquéllos que más lo necesitan, que son los hijos, con independencia de la voluntad del padre y del padrastro de comprometerse con él; la opción **dispositiva**, en cambio, dejaría en manos de los adultos la decisión sobre si establecer unos vínculos jurídicos que afectarán, principalmente, al hijo. Esta última reforzaría, por lo tanto, la preponderancia de la voluntad de los padres en decisiones que afectan fundamentalmente a la protección del hijo y haría depender esta protección de las negociaciones entre el padre y el padrastro. Precisamente, el carácter dispositivo otorgaría fuerza estratégica al padrastro que podría negociar si se convierte o no en miembro de la familia y, por lo tanto, debilitaría la posición del progenitor y la del hijo.

Como consideraciones que desaconsejan la solución imperativa hay que partir de la constatación que, sea cual fuere el estatuto jurídico que se quiera imponer al padrastro, éste no tiene, por el contrario de lo que sucede con los progenitores, ningún responsabilidad en la decisión personal o familiar de dar vida (o adoptar) al hijastro: su decisión consiste en establecer una relación con el adulto que es su progenitor y la imposición de una relación con el hijastro podría considerarse una intromisión en su vida familiar. Hay que valorar también el posible desincentivo que esta imposición podría suponer a iniciar relaciones de pareja con personas que tienen hijos para evitar tenerse que hacer responsable. Los padres, por su parte, serían reticentes a que sus hijos estableciesen vínculos con el padrastro para evitar que si se rompe la relación, éste pudiera pretender competir con él para los derechos sobre el hijo. Finalmente, la imposición de este vínculo podría provocar recelos en el hijastro, que quizás no ha aceptado la relación de su padre con el padrastro y su presencia en el hogar familiar, y también en el otro progenitor, que vería como se formalizan los vínculos que un tercero ha constituido con su ex cónyuge o pareja y con sus propios hijos.

En otro sentido, debe valorarse en qué medida una legislación de este tipo respetaría suficientemente la autonomía de los individuos para organizar las relaciones familiares o si constituiría quizás un

menosprecio de su criterio y la imposición de soluciones estandarizadas para situaciones tan variadas.

La opción **dispositiva** supondría el reconocimiento del papel de la voluntad en la constitución de las relaciones personales y, en este caso, el establecimiento de un estatuto jurídico sólo si hubiese voluntad de compromiso entre las personas que constituyen el grupo familiar. Permitiría ajustar el tratamiento jurídico a las diferentes opciones de vida de estas familias y distinguir las que tienen voluntad de formar un grupo familiar de las que simplemente aceptan los hijos de la pareja.

Finalmente, la solución de regular **sólo las consecuencias del cese de la convivencia** tendría la ventaja de no interferir en las relaciones familiares mientras hay armonía, momento en el que la protección del hijo se produce de forma natural. Los conflictos y la necesidad de protección surgen con más fuerza en el momento en que la relación entre padre y progenitor no existe, cuando el sentimiento de solidaridad familiar desaparece y ya no hay un proyecto de vida común.

4.2. Mi propuesta

La propuesta se concreta en tres medidas: En primer lugar, modificar la regulación de la adopción, en segundo lugar, permitir la atribución de las funciones que constituyen la potestad al padrastro y, en tercer lugar, atribuir algunas consecuencias jurídicas a la convivencia en las familias reconstituidas.

a) Reformar la adopción

En primer lugar deberían flexibilizarse los **requisitos** para la adopción del hijo del cónyuge o del de la pareja para que pudiera constituirse en los casos en los que, dadas las circunstancias, parezca la solución más conveniente, en concreto:

-permitir la adopción del mayor de edad o emancipado, a pesar de que la convivencia no se haya iniciado antes de que éste hubiese cumplido catorce años.

-suprimir el requisito de edad mínima de veinticinco años para el adoptante, de la misma forma que no se exige para la adopción conjunta si uno de los dos lo cumple, y aún con más razón que en este último caso, ya que la adopción que ahora tratamos supone la continuidad de la relación familiar con uno de los dos progenitores.

-suprimir el requisito de la diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, por las mismas razones que el requisito de la edad mínima e incluso con más motivo ya que, mientras que ésta se alcanza inexorablemente con el paso del tiempo, la diferencia de edad es un requisito imposible de alcanzar para quien no lo cumple actualmente.

Se evitaría así el problema que puede plantearse, por ejemplo, en caso de que el cónyuge o la pareja tenga más de un hijo y que respeto de uno de ellos la adopción no pueda constituirse por falta de uno de estos requisitos.

Por lo que se refiere a la limitación legal de los **supuestos** en los que se puede constituir la adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja, (art. 117.1 a) CF), en mi opinión sería conveniente suprimirla y dejar en manos del Juez la valoración sobre si la adopción es conveniente, atendiendo a las circunstancias de cada caso: la razón es que las situaciones familiares pueden ser muchas y muy diferentes y es muy difícil, como lo demuestra la complicada e insatisfactoria redacción vigente, encontrar una formulación adecuada. La ley permite al Juez denegar la constitución de una adopción si considera que no es conveniente en interés del hijo, a pesar de que se cumplan todos los requisitos legales para su constitución y esta es, a mi modo de ver, garantía suficiente.

Finalmente, debería exigirse un **período mínimo de convivencia** entre el progenitor y el adoptante, de dos años.

La legislación francesa exige dos años de matrimonio para la adopción plena, la suiza, cinco años; en la legislación del Reino Unido el adoptante y el adoptado tienen que haber convivido durante, por lo menos, los seis meses inmediatamente anteriores a la adopción y, finalmente, en la legislación holandesa el requisito se refiere tanto a la convivencia entre el adoptante y el progenitor, que debe ser de tres años inmediatamente anteriores a la solicitud, como al hecho de que tanto el progenitor como el adoptante hayan tenido cuidado del hijo, como mínimo durante un año.

b) Permitir la atribución de las funciones de la potestad

La potestad como está configurada en el derecho vigente pueden tenerla atribuida y pueden ejercerla tan sólo el padre y la madre o uno de ellos. Cualquier otra persona que ejerza funciones de protección respecto de menores de edad puede hacerlo por razón de otros títulos jurídicos y la delegación de su ejercicio sólo se admite en nuestro derecho si tiene como destinatario al otro progenitor, tanto si el padre y la madre conviven como si no. En cuanto a la guarda, el art. 134 CF puede permitir la atribución a personas diferentes de los padres.

Otros ordenamientos jurídicos como el francés, el inglés, el holandés, como también el aragonés utilizan, en cambio, un concepto de potestad que, a pesar de que se configura como función primariamente atribuida a los padres, puede ser ejercida por otras personas (autoridad familiar, parental responsibility, autorité parentale...). Algunos Convenios y otros documentos que han elaborado diferentes organismos internacionales utilizan el término responsabilidad parental y contemplan la posibilidad que la ejerzan personas distintas de los padres, incluso el padrastro.

Así, el principio 23º del **Libro Blanco** sobre principios relativos a la determinación y consecuencias jurídicas de la filiación del comité de expertos en Derecho de Familia del **Consejo de Europa**, de 15-1-2002.

En mi opinión, se debería permitir la atribución de las funciones derivadas de la potestad al padrastro, con el consentimiento de ambos progenitores y autorización judicial.

- Supuestos

Esta medida podría ser adecuada en los supuestos en los que

-la adopción es imposible legalmente, por falta de algún requisito o del asentimiento del otro progenitor,

-la adopción es posible legalmente pero no conveniente, pues no es deseable un cambio en la filiación ni la ruptura con una parte de la familia,

-también en los supuestos en los que la potestad es ejercida por un solo progenitor e, incluso, aunque con carácter excepcional, en casos de ejercicio compartido si uno de ellos no ejerce los derechos ni cumple los deberes que atribuye la potestad, o bien si consiente. En este sentido debe tenerse presente que el hecho de convivir con los hijos del otro conlleva, inevitablemente, que el padrastro pueda incidir, quizás incluso más que el padre que no tiene la guarda, en muchas decisiones que afectan a la educación del hijo, lo que puede entorpecer el ejercicio conjunto de los progenitores.

En estos dos últimos casos se trata de situaciones en las que el otro progenitor, de hecho no ejerce la potestad por falta de interés o por imposibilidad, pero para las que la adopción sería una medida desproporcionada en cuanto a sus efectos.

Finalmente, la atribución de las funciones que constituyen la potestad debería permitirse a las parejas homosexuales si no se permite la adopción del hijo del otro o bien, en caso contrario, para los supuestos en los que ésta no pareciese conveniente.

- Requisitos

Sólo debería permitirse la atribución de las funciones de la potestad al padrastro que hubiera convivido con el hijo como mínimo durante el período de un año ininterrumpido, inmediatamente anterior a la solicitud. El otro progenitor debería ser notificado para que consintiese la atribución, excepto que estuviera privado o excluido de la potestad, y el Juez podría adoptar la medida en ausencia de dicho consentimiento si valora que es una medida adecuada en interés del hijo.

- Efectos

El padrastro ejercería el conjunto de derechos y deberes que constituyen la potestad y el otro progenitor quedaría en la posición jurídica de quien tiene la titularidad y no el ejercicio de la

potestad, que tiene un conjunto de derechos y deberes que sólo puede perder por sentencia o por adopción. El contenido de esta posición jurídica consiste en la obligación de velar por el hijo y alimentarlo (art. 136), en la posibilidad de participar en decisiones importantes que afectan al hijo (art. 139.4), de tener contactos con él (art. 135 CF), de conocer las circunstancias sobre su cuidado personal y la gestión de sus bienes (art. 140), pedir intervención judicial para evitarle perjuicios (art. 134.2), deferir la tutela (art.173), asentir la adopción (art.122) y, finalmente, la expectativa de recuperar el ejercicio de la potestad.

El padrastro tendría el deber de contribuir a los gastos que genera el hijastro, como lo impone la legislación vigente (artes. 4.2 CF, 4.1 y 23 LUEP) y, por lo tanto, la atribución de las funciones de la potestad no supondría la asunción de mayores responsabilidades económicas. No debe perderse de vista que el deber de los padres de mantener a los hijos no se pierde ni tan sólo en caso de privación de la potestad y que, por lo tanto, mientras la relación entre padrastro e hijastro no se convierta en relación paterno-filial por virtud de la adopción, no se le puede imponer una obligación de alimentos. Aparte de esto, la imposición de esta obligación desincentivaría al padrastro de asumir las funciones de la potestad aunque, por la misma razón, facilitaría su aceptación por parte del progenitor con el que el hijo no convive.

Asimismo, debería preverse cuál sería la posición legal del padrastro en caso de cese de la convivencia entre el progenitor y el padrastro, y también en caso de privación de la potestad, muerte, declaración de muerte, imposibilidad, ausencia o incapacidad del progenitor para ofrecer soluciones que permitan la continuidad del menor en el hogar familiar y evitar que mecanismos legales rígidos obliguen a separar al hijo de su entorno habitual. Por este motivo, el hecho de que el padrastro haya ejercido la potestad lo debería situar automáticamente en la misma posición de preferencia que al otro progenitor o, en ausencia de éste, que a los parientes de los progenitores, de modo que el entorno del hijo fuera lo más semejante posible al de antes del cambio en las circunstancias familiares, para evitar así que pierda vínculos afectivos importantes. Todo ello supondría un criterio que parte del reconocimiento de las responsabilidades asumidas, fundamentado, por consiguiente, en la experiencia y no en la predicción especulativa del comportamiento futuro de las personas.

A continuación se describen los efectos que se producirían en cada una de las circunstancias que se han mencionado más arriba. En cualquiera de estos casos el otro progenitor debería ser notificado para que tuviese oportunidad de manifestar su modo de ver y, si es el caso, podría solicitar la recuperación del ejercicio de la potestad.

-En caso de **muerte, declaración de muerte o de ausencia o privación** de la potestad del progenitor cónyuge o pareja del padrastro, se tendría que eliminar el automatismo legal que conlleva hoy que, si falta un progenitor, el otro ejerce la potestad, para permitir al padrastro que ha ejercido la potestad continuar ejerciendo dicha función.

-En caso de crisis **matrimonial o cese de la convivencia** el padrastro podría continuar ejerciendo la potestad, si así lo acordaran con el progenitor y el Juez apreciase que es conveniente en interés del hijo. Eso podría suceder si el otro progenitor no tuviese interés en ejercer la potestad, o bien, en caso contrario, si el juez aprecia que no es conveniente para el hijo salir del hogar donde vivía dado que ha constituido vínculos afectivos importantes, por ejemplo con los hijos nacidos de la relación entre su progenitor y el padrastro.

De lo contrario, el padrastro podría solicitar mantener los contactos con el hijastro y se le podría imponer el deber de mantenerlo, que estaría en función de las circunstancias del caso (deberían tenerse en cuenta, entre otras, las necesidades del hijo, la situación de dependencia creada, la existencia de otro progenitor con deber de alimentos y la duración de la convivencia), al menos de forma temporal. La duración de esta obligación podría ser proporcional al tiempo de convivencia, ya sea limitándola al mismo lapso de tiempo que duró la convivencia, ya a una parte proporcional de este espacio. Este criterio permitiría hacer una distinción entre hijastros e hijos biológicos ya que para éstos el derecho no tiene más límite que la edad y además evitaría el problema de la posible "acumulación" de "expadrastros" obligados.

-En situaciones de **imposibilidad de ejercicio de la potestad o incapacidad** del progenitor, y mientras no hubiera motivos para adoptar una medida definitiva, el padrastro seguiría ejerciendo, él solo, la potestad siempre que se valorara la conveniencia de esta solución teniendo en cuenta la duración de la convivencia, la voluntad de las partes, la existencia de otros familiares con una relación próxima y la presencia de otros hijos en el hogar (hermanos de vínculo simple, por ejemplo).

-En caso de **muerte del padrastro** mientras éste ejerce la potestad podría atribuirse al hijastro que lo necesitase el derecho a reclamar de los herederos una pensión con una duración limitada, bien a un determinado espacio de tiempo inmediatamente posterior a la muerte, bien proporcional al tiempo de convivencia, mientras el hijastro fuera menor y persistiese la situación de necesidad.

La atribución de las funciones de la potestad podría dejarse sin efectos por decisión judicial, a petición de los progenitores o del padrastro si conviniera en interés del hijo.

c) Asociar algunos efectos a la convivencia con el hijo del cónyuge o de la pareja

En esta tercera y última situación encontraríamos a las familias reconstituidas que ni han formalizado una adopción ni han atribuido al padrastro la potestad, pero en las que este ocupa la posición de padre en la familia y de manera inevitable participa en la organización y en la educación no formal del hijo. En esta situación el padrastro ejerce, de hecho, la guarda del hijo mientras éste se

encuentra en su área de influencia, y tiene el deber de contribuir a hacer frente a sus necesidades básicas.

En estos supuestos se trataría de añadir al padrastro (sea del mismo o de distinto sexo que el progenitor) al grupo de parientes a los que la ley atribuye funciones de protección de los menores, pero sin el carácter preferente que, como se ha propuesto más arriba, tendría el padrastro que ejerce la potestad. Se trataría así de evitar que la preferencia legal por personas que tienen un vínculo jurídico con el hijo impida al juez adoptar la medida más conveniente en cada caso, teniendo en cuenta el interés del hijo.