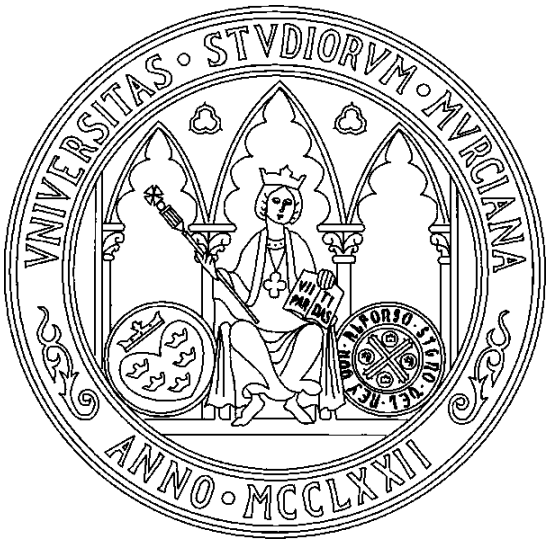


UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común

D.ª Celia Carrillo Lerma

2020

La presente tesis doctoral ha sido realizada por Celia Carrillo Lerma bajo la dirección de la Dra. D.ª María Encarnacion Serna Meroño y el Dr. D. José Fulgencio Angosto Sáez.

TABLA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS …… 1

RESUMEN/ RIASSUNTO/ ABSTRACT ……... 5

INTRODUCCIÓN …….. 11

CAPÍTULO I

LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI

I. MODELO FAMILIAR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 15

1. FAMILIA NUCLEAR …….. 24

2. FAMILIA PLURAL …….. 27

3. INTERÉS FAMILIAR Y DERECHOS FUNDAMENTALES …… 42

II. PLURALIDAD DE MODELOS FAMILIARES …… 49

1. FAMILIAS CONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DEL MATRIMONIO 53

1.1. Familias derivadas del matrimonio entre personas de distinto sexo …….. 54

1.2. Familias derivadas del matrimonio entre personas del mismo sexo …….. 57

1.3. Familias reconstituidas sobre la base del matrimonio ……. 65

2. FAMILIAS CONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DE LA CONVIVENCIA …… 72

2.1. Familias derivadas de la unión de hecho entre personas de distinto sexo …….. 75

2.2. Familias derivadas de la unión de hecho entre personas del mismo sexo …….. 92

2.3. Familias monoparentales ……... 97

2.4. Familias reconstituidas sobre la base de la convivencia ……... 110

III. ESPECIAL REFERENCIA AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR …….. 114

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA ESPAÑOL ……...……. 114

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL …… 116

3. LOS DERECHOS DEL MENOR A SER INFORMADO Y OÍDO …...… 125

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DEL MATRIMONIO

I. INTRODUCCIÓN ……..…… 129

II. PROBLEMÁTICA DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS ……. 133

1. DIFICULTAD TERMINOLÓGICA ……... 133

2. PLURALIDAD DE TIPOS DE FAMILIAS RECONSTITUIDAS ……... 140

3. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS ……... 143

3.1. Reconocimiento de las familias reconstituidas en el vigente derecho civil español …….. 144

3.2. Reconocimiento de las familias reconstituidas por otras ramas del ordenamiento jurídico español …… 147

3.2.1. Derecho de la Seguridad Social ……. 147

3.2.2. Derecho tributario …….. 150

3.2.3. Derecho administrativo (extranjería) ……. 153

3.3. Reconocimiento de las familias reconstituidas en el derecho de la Unión Europea …… 154

4. PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA ……. 160

5. OTROS INTERROGANTES …….. 168

III. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS ……... 172

1. LA CONVIVENCIA EN LA VIVIENDA FAMILIAR ……. 173

1.1. Concepto y contenido de "convivencia" en la familia reconstituida …….... 173

1.2. Los diferentes roles del cónyuge del progenitor durante la convivencia …… 179

2. LOS VÍNCULOS ……...……. 189

2.1. Especial referencia al parentesco por afinidad ……..…… 190

2.2. El parentesco basado en la voluntad ……. 196

CAPÍTULO III

REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL CÓNYUGE DEL PROGENITOR Y EL HIJO NO COMÚN EN EL CÓDIGO CIVIL. PROPUESTAS DE CAMBIO

I. MOTIVACIÓN …….. 205

II. LA ESFERA PERSONAL DE LA RELACIÓN ……... 212

1. LA GUARDA Y EL CUIDADO DEL HIJO MENOR NO COMÚN …….. 212

1.1. Precisiones terminológicas …….. 213

1.2. Contenido de la función parental y otras figuras de protección del menor …… 218

1.3. Situaciones de urgencia ……..... 221

1.4. Efectos de origen legal ……..... 225

1.5. Posibilidad de acuerdos entre los progenitores (delegación) ……... 252

1.6. Intervención judicial ……..... 273

2. EL MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN FAMILIAR CON EL HIJO MENOR NO COMÚN …… 291

2.1. Derecho de visitas con el progenitor no conviviente ……... 293

2.2. Derecho del menor a mantener relaciones familiares con los abuelos …… 295

2.3. Derecho del menor a mantener relaciones familiares con otros parientes …… 299

2.4. Derecho del menor a mantener relaciones personales o familiares con personas allegadas …… 301

III. LA ESFERA PATRIMONIAL DE LA RELACIÓN ……. 318

1. ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA FUNCIÓN PARENTAL …….. 319

2. EL SOSTENIMIENTO DEL HIJO NO COMÚN …….. 326

2.1. La contribución del cónyuge del progenitor al levantamiento de las cargas del matrimonio …….. 326

2.2. El sostenimiento del hijo no común con carga a la sociedad ganancial …… 337

2.3. La obligación voluntaria de alimentos …….. 345

3. LA CONTRIBUCIÓN DEL HIJO NO COMÚN AL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS DE LA FAMILIA ……... 350

CONCLUSIONES …… 359

CONCLUSIONI …… 383

BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES …… 407

JURISPRUDENCIA CITADA …… 433

TABLA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	Varios autores
ALI	*American Law Institute*
AP	Audiencia Provincial
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BGBl	*Bundesgesetzblatt*
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOCCE	Boletín Oficial de la Ciudad de Ceuta
BOCM	Boletín Oficial de Castilla-La Mancha
BOCT	Boletín Oficial de Cantabria
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
BW	*Burgerlijk Wetboek*
cfr.	confróntese
CC	Código Civil
CCCat.	Código Civil de Cataluña
CCF	*Code Civil des Français*
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño

CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cons.	Considerando
Coord.	Coordinador
DA	Disposición Adicional
Dir.	Director
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña
DOGV	Diario Oficial de la Generalidad Valenciana
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaracion Universal de los Derechos Humanos
ECLI	*European Case Law Identifier*
Ed./ ed.	Editor/ edición
ET	Estatuto de los Trabajadores
et. al.	y otros
EUA	Estados Unidos de América
FD	Fundamentos de Derecho
FJ	Fundamentos Jurídicos

FN	Fuero Nuevo
ID.	*Idem*
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDJ	*Librairie générale de droit et de jurisprudence*
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LISD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
NCGS	*North Carolina General Statutes*
op. cit.	obra ya citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RAE	Real Academia Española de la lengua
RD	Real Decreto
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGI	*Tribunal de grande instance*

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLRCSCVM	Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
v. gr.	*verbi gratia*
vid.	véase
ZGB	*Zivilgesetzbuch*

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

En las últimas décadas, la familia tradicional ha experimentado una metamorfosis genuina que ha derivado en una pluralidad de formas de vivir en familia. La mutación de la familia es objeto de un estudio multidisciplinar en el que se analizan multiplicidad de aspectos de las diversas tipologías familiares. En el ordenamiento jurídico español no existe una definición del concepto de familia. Cada rama jurídica y, en ocasiones, incluso cada norma jurídica, tiene su propio concepto de familia.

Uno de los modelos familiares que tienen lugar en la sociedad española es el denominado, de entre otros modos, *familia reconstituida*. Este modelo familiar tiene lugar cuando, tras iniciar una nueva relación, un progenitor integra al menor o menores fruto de una anterior unión en el seno de su actual familia, circunstancia que puede dar lugar a múltiples relaciones de convivencia familiar como, p.e., las que se dan entre medio hermanos y hermanastros. Estas realidades familiares pueden tener su base en el matrimonio o en la mera convivencia. No se trata de un fenómeno de nueva creación, pero su número ha crecido en las últimas décadas tras las reformas legislativas operadas en materia matrimonial y de divorcio. Con la presente Tesis se trata de analizar e intentar solventar determinados problemas que plantea la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común que conviven en el ámbito del derecho de familia.

Puesto que se trata de un fenómeno muy frecuente en la práctica, deviene necesario un análisis de la problemática que encierran las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio y de sus presupuestos esenciales. Resulta precisa la regulación jurídica de la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común que conviven, por el cada vez mayor volumen de supuestos y por la implicación de menores en ellos. Se debe evaluar la conveniencia de una reforma normativa en derecho común español, para lo cual es de gran valor el recurso al derecho comparado. De este modo, además, se podría evitar el recurso incorrecto a otras instituciones jurídicas como la adopción.

Esta investigación abarca el tratamiento de esta relación y una serie de propuestas para una mejora legal de los aspectos personales y patrimoniales de las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes y, con ello, una más adecuada protección del menor en el derecho común de familia.

Palabras clave: familia reconstituida, matrimonio, relación familiar, menores, cónyuge del progenitor, reforma.

RIASSUNTO

Negli ultimi decenni, la famiglia tradizionale ha subito importanti cambiamenti che hanno come conseguenza la nascita e crescita di una pluralità di modi di vivere in famiglia. La mutazione della famiglia è un oggetto di studio multidisciplinare in cui vengono analizzati molteplici aspetti delle diverse tipologie familiari. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, non esiste una definizione del concetto di famiglia. Ogni branca del diritto e persino, ogni norma giuridica ha il suo stesso concetto di famiglia.

Uno dei modelli familiari che si svolgono nella società spagnola è il c.d. tra l'altro "famiglia ricostituita". Questo modello familiare avviene quando, dopo iniziare un nuovo rapporto, un genitore inserisce uno o più figli frutto di una precedente unione all'interno della famiglia, circostanza che può causare diversi rapporti di convivenza familiare, come per esempio, quelle che avvengono tra i fratellastri. Queste famiglie possono avere la loro base nel matrimonio o nella sola convivenza. Non si tratta di un fenomeno di nuova creazione, ma il suo numero è cresciuto negli ultimi decenni, dopo le riforme legislative effettuate in materia matrimoniale e divorzista. Attraverso la presente tesi di dottorato si analizzano e si intende risolvere taluni problemi sollevati dal rapporto familiare tra il coniuge del genitore e il figlio di quest'ultimo, minore di età, i quali convivono, nell'ambito del diritto di famiglia.

Visto che si tratta di un fenomeno molto frequente in pratica, occorre un'analisi dei problemi che riguardano le famiglie ricostituite sulla base del matrimonio e dei loro presupposti di base. È necessaria la regolamentazione giuridica del rapporto familiare tra il coniuge del genitore e il figlio proprio di quest'ultimo, i quali convivono, dato il crescente numero di casi e il coinvolgimento di minori in essi. Deve essere esaminata la opportunità di una riforma normativa in diritto comune spagnolo, e a tal fine è di grande valore uno studio di diritto comparato. In tal modo, inoltre, si potrebbe evitare il ricorso incorretto ad altre istituzioni giuridiche come la adozione.

Questa ricerca comprende l'esame di quel rapporto e una serie di suggerimenti di miglioramento legale degli aspetti personali e patrimoniali delle relazioni familiari tra il coniuge del genitore e i figli del suo coniuge e in fondo, una più adeguata protezione del minore nel diritto comune di famiglia.

Parole chiave: famiglia ricostituita, matrimonio, rapporto familiare, minori, coniuge del genitore, riforma.

ABSTRACT

The traditional family has undergone significant changes over the last decades, that result in rise of a diversity of family lifestyle. The mutation of the family is a subject of a multidisciplinary study where many aspects of the different family typologies are analyzed. There is no definition of the concept of family in Spanish law. Each branch of law and even each legal regulation has its own concept of family.

One of the family patterns that take place in Spanish society is the so-called "stepfamily". This family pattern occurs where one parent, after initiating a new relationship, includes a child or chidren, result of a previous relationship, within his o her new family, a circumstance that may lead to different domestic relationships, such as those which take place among half-brothers, or among stepsisters. These families may be based on marriage or on cohabitation. This is not about a brand-new social phenomenon, but its number has grown in recent decades following the legal reforms undertaken on matrimonial matters and on matters of divorce. Certain issues arising from the domestic relationship between the stepparent and the minor stepchild who live together are analyzed by means of this Thesis and we try to solve these issues in the field of family law.

Since this family pattern is very common in practice it is necessary an analysis of the challenges that it implies and of its basic assumptions. A legal regulation of the domestic relationship between the stepparent and the stepchild is needed, given the growing caseload and the involvement of children in them. The convenience of a legal reform on Spanish common family law should be considered, and a comparative law study has a high value for this purpose. Thereby, in addition, the wrong use of the other legal institutions such as adoption of stepchildren could be avoided.

This research covers the consideration of that relationship and a number of suggestions for legal improvement of the personal and patrimonial features of the domestic relationship between the stepparent and the stepchildren and thus, a more adequate protection of the child in Spanish common family law.

Keywords: stepfamily, marriage, domestic relationship, minor children, stepparent, reform.

INTRODUCCIÓN

La familia es un fenómeno sociológico estudiado por múltiples disciplinas, por lo que en su estudio se analizan, entre otros, los aspectos sociológicos, jurídicos, demográficos y antropológicos de las diversas tipologías familiares. En la elaboración de este trabajo se ha recurrido a fuentes jurídicas, pero no sólo. La información que aportan otras disciplinas ha sido estimable. En particular, la sociología ofrece datos de gran valor, fundamentales para cualquier análisis jurídico de la familia. Ofrece datos reales, que ayudan a un mayor entendimiento de su problemática y alejan al investigador de las meras abstracciones jurídicas. Los datos estadísticos también son esenciales a ese respecto.

En este trabajo no se realiza un estudio histórico de la familia, sino que su análisis comienza a partir la Constitución española de 1978. En el primer capítulo, se parte del modelo constitucional de familia y se examinan los diversos modelos familiares que tienen lugar en la sociedad española actual. Se hace una clasificación de esos modelos en dos grandes grupos, en función de la naturaleza de su constitución: matrimonial y meramente convivencial. Se tratan, particularmente, el interés superior del menor y su incidencia en la legislación y en los procesos de familia, con una referencia especial al deber de oír al menor, por cuanto las decisiones adoptadas conciernen a su persona o bienes.

De entre la pluralidad de modelos familiares destacan las familias reconstituidas por ser las menos estudiadas en el ámbito jurídico. Estas familias son aquéllas formadas por los cónyuges o miembros de la pareja y al menos un hijo no común. Sin embargo, su cada vez más elevado número (debido a, entre otras causas, el aumento del número de divorcios), el respeto de toda forma de vida en familia y la protección de todas las familias y de todos los menores con independencia de su origen son razones que justifican que las familias reconstituidas merezcan atención jurídica. El estudio de estas familias tiene un claro interés social, jurídico y académico.

No obstante, como ocurre con otros modelos familiares, no hay un solo tipo de familia reconstituida, sino que la casuística es muy diversa. Es tan diversa, que resulta imposible (o, al menos, desaconsejable) ofrecer una respuesta unitaria a todas ellas. Se escogen pues, para su estudio en este trabajo, las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, puesto que, a pesar de su escasez, es posible hallar un mayor número de normas jurídicas que afectan a este tipo de familias reconstituidas. En otras palabras, se dispone de algo más de lo que partir.

En el segundo capítulo se analiza la problemática que ofrecen las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, consistente en ciertos problemas terminológicos, una diversa casuística, una insuficiente y fragmentaria regulación jurídica en el derecho español y en el derecho europeo, algunos problemas que se ha planteado la doctrina jurídica y otros interrogantes que entrañan estas familias. También se estudian los presupuestos esenciales para que las familias reconstituidas puedan identificarse como tales. Estos presupuestos son la convivencia y la existencia de unos vínculos entre sus miembros.

Al mismo tiempo, el estudio de todas las relaciones familiares que se producen en el seno de las familias reconstituidas resulta impracticable en un solo trabajo. Es por ello que el objeto de esta tesis se centra en el estudio de la relación familiar que surge entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común menor de edad. La razón de elegir esa relación familiar, entre todas las que hay, es que parece ser la relación de la que surgen los mayores problemas en la práctica. En definitiva, mediante esta delimitación del objeto de estudio, se intenta dar respuesta a un supuesto muy práctico.

Sin duda, habrá quiénes opinen que, si el cónyuge del progenitor conviviente con el menor no ha querido recurrir a la institución de la adopción para hacer suyo legamente al hijo menor de su cónyuge, el derecho no debería introducir *ex lege* ni regular que, por la autoridad judicial o por acuerdo entre las partes, se dote de efectos jurídicos a ciertos aspectos de su relación familiar. Sin embargo, el problema a solucionar por el derecho en el que se centra la presente tesis doctoral no es el de asignar funciones propias del progenitor a su cónyuge, sino simplemente regular las relaciones familiares que conlleva la convivencia entre el cónyuge del progenitor y los hijos menores no comunes del matrimonio para hacer posible la convivencia y, como no puede ser de otra manera, para favorecer al menor, actúe aquél "socialmente" o no como un padre o una madre. Pero, además, la adopción no es un recurso adecuado para resolver los problemas que suscitan la mayoría de familias reconstituidas, pues lo más frecuente es que los dos progenitores del menor sean los titulares de la patria potestad y que deseen seguir teniendo esa relación con su hijo.

Se debe señalar, además, que la idea de regular los efectos derivados de los segundos matrimonios no es nueva, pues se analiza cómo el Código Civil ya recoge y recogía desde su promulgación ciertas reglas que ponen de manifiesto que el derecho no puede desconocer estas situaciones familiares. Lo que se pretende en este momento es actualizar la regulación existente por la evidente transformación de la institución familiar en las últimas décadas, así como dotar de respuesta legal a los

aspectos más acuciantes de la relación entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común menor de edad, lo que es ineludible de forma inminente por la multiplicación de los supuestos de familias reconstituidas que se dan (y se van a dar) en la sociedad española, dado el aumento de la tasa de divorcios.

Por todo ello, en el tercer capítulo se analizan los aspectos mas importantes de las esferas personal y patrimonial de la relación entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común. La primera engloba la guarda y el cuidado del menor y el mantenimiento de relaciones personales tras la ruptura del matrimonio o el fallecimiento del cónyuge progenitor; la segunda abarca la administración de los bienes del menor, su sostenimiento y la contribución del menor a las cargas de la familia.

El estudio de todos esos aspectos se lleva a cabo a través del análisis de determinados preceptos del Código Civil español y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores, con apoyo en las aportaciones de la doctrina científica y con el recurso al valiosísimo derecho comparado, del que se extrae una variedad de soluciones.

La respuesta jurídica que se da a cada uno de estos aspectos por otros derechos civiles del Estado y por determinados ordenamientos jurídicos extranjeros es diversa y no siempre completa. Los derechos extranjeros que se comparan son, en concreto, el alemán, el francés, el italiano, el neerlandés y el suizo, del sistema continental, y los derechos de Reino Unido y los Estados Unidos de América, del sistema anglosajón. Por supuesto, existen otros ordenamientos jurídicos que han regulado en mayor o menor medida la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común, como el derecho danés, pero su estudio no ha sido posible por no disponer de una fiable traducción de su legislación. También se hace una valoración de conjunto de las diversas soluciones del derecho comparado para cada uno de los aspectos de la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes menores de edad.

De entre todos los aspectos de la relación familiar del cónyuge del progenitor y el hijo menor no común algunos están más necesitados de regulación que otros, e incluso en algunos casos no será conveniente regular, debido a que determinadas funciones deberían permanecer en manos de los progenitores o, en su caso, del tutor.

Como conclusiones del trabajo, se exponen, entre otras, aquéllas dirigidas a ofrecer una mejor respuesta legislativa a los problemas jurídicos que se derivan de la relación familiar de convivencia entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no

común. Se trata de una serie de propuestas de regulación de determinados aspectos de esa relación en el ámbito del Código Civil español, que pretende ser una solución a muchos problemas jurídicos surgidos en el seno de las familias reconstituidas.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI

I. MODELO FAMILIAR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En el Diccionario de la RAE se observan hasta diez definiciones distintas de "familia"[1]. Si se dejan de lado aquéllas que se refieren a otro tipo de grupos o cuestiones, se observa cómo pueden ser entendidos como familia grupos de diversa índole -como, por ejemplo, los miembros de una comunidad religiosa o personas que comparten alguna circunstancia o cualidad-. Sin embargo, en este contexto interesan las tres primeras acepciones, que son:

- "Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas".

- "Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje".

- "Hijos y descendencia".

Explicar la familia o los modelos familiares a partir de una definición del concepto de familia se torna en una cuestión difícil una vez consultada la doctrina. Se colige que ha habido múltiples intentos de diversas ramas del conocimiento de definir qué se entiende por familia, lo que los convierte a todos ellos en meros ejemplos que, aunque útiles, no aportan una definición única y universal de familia.

Sin embargo, al menos la definición legal del concepto de familia puede resultar desaconsejable dado su carácter atemporal, ya que no guarda en toda época un mismo significado o alcance [2].

---

[1] Para esta y sucesivas alusiones al DRAE, se ha consultado la vigesimotercera edición del Diccionario de la Lengua Española en http://dle.rae.es/?w=diccionario.

[2] En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia (vol. I)*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990, p. 9. La justificación de esa intemporalidad del concepto de familia se puede hallar en su "carácter dinámico, en evolución" en el ámbito social y jurídico, circunstancia que ha sido expuesta en MORENO QUESADA, L. "Capítulo

En este sentido, se ha calificado la familia como "elemento activo" que se ha transformado a la par que la sociedad[3]. Asimismo, un sector de la sociología ha puesto de relieve la "naturaleza dual" de la familia pues, por un lado, debe adecuarse a las transformaciones sociales y, por otro, los actos realizados por ella afectan a la sociedad y pueden alterarla[4]. Estos cambios en la familia se proyectan tanto en sus funciones como en sus estructuras[5].

Del mismo modo que el tiempo, el espacio también influye en qué se entienda por familia. No tendrá el mismo significado en todos los Estados[6].

El Instituto Nacional de Estadística, por su parte, la define como "Grupo de personas -dos o más- que forman parte de un hogar y están vinculadas por lazos de parentesco, ya sean de sangre o políticos, independientemente de su grado". Por otro lado, determina que "núcleo familiar" es aquella "unidad jerárquica intermedia entre la persona y el hogar". Distingue entre cuatro modelos[7]:

- pareja sin hijos;

---

1. La familia y el Derecho de familia", en AA.VV. Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones,* 7ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 34. De este modo, hay una familia si tienen lugar las notas o circunstancias que, en cada tiempo, la sociedad reconoce como tal. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La familia y el parentesco", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Cálamo, 2005, p. 9; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Familia y las relaciones de convivencia", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 20; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Família y famílies", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III: dret de familia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 15.

[3] SERNA MEROÑO, E. *La reforma de la filiación*, Madrid, Montecorvo, S.A., 1985, p. 28.

[4] AVILÉS HERNÁNDEZ, M. "Las familias monoparentales encabezadas por un hombre: manifestación sociológica de la posmodernidad", *Arxius de sociología*, nº 34, 2016, p. 30.

[5] Se trata de una tesis sostenida por la sociología jurídica, como se expone en CARBONNIER, J. *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 196.

[6] En este sentido se pronuncia el apartado 2º de la Observación general nº 19 del 39º período de sesiones -27 de julio de 1990- relativo a la familia en relación con el artículo 23 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, elaborada por el Comité de Derechos Humanos -órgano de control del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966-, consultado en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en el 24/07/2020.

[7] Definiciones extraídas de "Censos de Población y Viviendas" de 2011 -nota de prensa de 12 de diciembre de 2013-, consultado en https://www.ine.es/prensa/np824.pdf el 24/07/2020.

- pareja con hijos[8];

- hogar monoparental formado por una madre y sus hijos, y

- hogar monoparental formado por el padre y sus hijos.

En resumen, según la clasificación del INE el hogar consiste en una persona o más que conviven y que no tienen por qué tener lazos de parentesco; la familia es un conjunto de personas unidas por una relación de parentesco y que viven juntas y el núcleo familiar engloba sólo a la familia más estricta, es decir, excluye a parientes de grado más lejano que convivan con el núcleo familiar -*v. gr.*, una abuela o un tío-[9].

Se ha señalado que el derecho es tan sólo una reducida fracción del acervo regulador de las relaciones familiares[10]. Éstas constituyen un "fenómeno social" unitario y complejo, del cual el aspecto jurídico es uno más de tantos[11]. Es de sobra

[8] Engloba a todas las parejas con independencia de su origen, matrimonial o de hecho. Los hijos han de ser solteros y no convivir en pareja.

[9] No obstante, se observa que estas nociones difieren en parte de lo señalado por cierto sector doctrinal de la sociología, el cual ha puesto de relieve la confusión existente en torno a los conceptos de familia y hogar en los estudios llevados a cabo sobre la familia en España. Distingue entre ambos, de modo que el hogar sería una delimitación del espacio y del tiempo que englobaría a un grupo de personas que viven juntas y que desempeñaría una función económica de gran magnitud; la familia, sin embargo, ejercería más funciones y envolvería un mayor número de relaciones, pues se trataría de una continuidad y englobaría a personas que viven en más de un hogar. DURÁN HERAS, M.A. "Hogares y familias: dos conceptos en busca de definición", en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord), *Las familias monoparentales: seminario hispano-francés celebrado en Madrid, diciembre 1987*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1988, pp. 13-14.

[10] ROCA I TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 13. En una línea similar, se halla la corriente *Socio-Legal Studies*, descrita por esta misma autora en ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 56. En este sentido, para identificar los problemas, parece que lo mejor sea combinar los "datos empíricos" y las "soluciones jurídicas". El derecho debe tener en cuenta la realidad social, y los datos ayudan a revelarla -pp. 57, 59 y 60-. En el mismo sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 32. Esta autora señala que la historia de la familia se ha servido provechosamente de los métodos utilizados por otras ramas del conocimiento.

[11] PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 44. En este sentido, se debe destacar que todo fenómeno jurídico es también un fenómeno social, pero no al revés. Para tener una visión real del fenómeno jurídico se le debe ubicar en el tiempo y en el espacio. Así, CARBONNIER, J. *Sociología jurídica* (traducción por Luis Díez-Picazo), 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, pp. 90 y 99.

conocido que la familia es un *prius* al derecho o, *a contrario sensu*, el derecho es un *posterius* a la familia: no crea la institución, pero asume su existencia y la regula[12].

La Constitución española de 1978 no recoge un concepto de familia[13]. El derecho de familia debe partir, pues, de lo que los autores han acordado llamar "concepto prejurídico de familia" porque, a falta de una noción legalmente definida, su precisión en cada época y lugar debe hallarse en "elementos externos" al derecho[14], es decir, elementos y referencias tomadas de otras ramas del conocimiento. En el intento de comprender el significado del concepto es preceptiva la consulta de otras disciplinas, como la sociología o la antropología[15].

---

[12] LACRUZ BERDEJO J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil…*1990, *op. cit.*, p. 15; *vid.* también DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil. Una nueva relación familiar", *Revista de derecho privado*, año nº 76, mes 10, 1992, p. 845, que se refiere a la familia como "dato prejurídico"; asimismo, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, pp. 15 y 23, que la califica como "fenómeno social, de naturaleza prejurídica", o como "realidad prejurídica". De igual modo, pero en referencia al concepto de matrimonio en concreto, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Matrimonio: requisitos", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, p. 125; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "El matrimoni (I): requisits", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 79.

[13] Es bastante común que las legislaciones no recojan un concepto de familia. Es también el caso del Reino Unido, donde no existe una descripción de la familia ni por el *common law* ni en virtud del *statutory law*. BURTON, F. *Family Law*, London, Sydney, Portland (Oregon), Cavendish Publishing Limited, 2003, p. 4. Sin embargo, no es el caso del derecho italiano, cuyo artículo 29 de la Constitución italiana define la familia como "società naturale fondata sul matrimonio" -Constituzione della Repubblica italiana, publicada el 27 de diciembre de 1947 en la Gazzetta Ufficiale n. 298- y pone de manifiesto que las definiciones no son buenas en el ámbito jurídico, puesto que hoy esta definición ha quedado desfasada.

[14] ROCA I TRÍAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (coords.), *Derecho de familia*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 15; ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 39. En este último trabajo, la autora aprecia la asunción de este aserto en las muy conocidas SSTC 184/1990 (Pleno), de 15 de noviembre de 1990, ECLI:ES:TC:1990:184 (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990), y 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, citadas ambas en relación a las uniones de hecho, respectivamente sobre el derecho a percibir una pensión de viudedad y sobre el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento.

[15] Y, en general, en investigación en materia de familia. En sentido similar, ZAMBRANO, V., "Entre «status» y contrato: modelos familiares y régimen patrimonial en Europa", *Crónica Jurídica Hispalense*, n.º 13, 2015, p. 315. Si bien, como ha señalado un sector de la doctrina, no se recurre a estas disciplinas en sí mismas, sino proyectadas al campo jurídico a los propios efectos de éste. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio a la diversidad), *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 2, 2007, p. 30.

Acaso la noción de familia deba partir, más que de la biología o del derecho, de la sociología. Sin duda, existen relaciones familiares más allá de los vínculos sanguíneos o jurídicos[16]. En esta línea, un sector de la doctrina se aventura a definir la familia como "núcleo de convivencia, integrado por un grupo de personas unidas por vínculos de diversa índole que tienen incidencia social"[17].

En el ámbito jurídico se ha observado que el concepto de familia también requiere determinar qué parientes se consideran como tal, y ello depende de a qué efectos se considere, jurídicamente, la familia: tributarios, de asistencia sanitaria, sucesorios, de reagrupación familiar… A modo de ejemplo, la obligación de alimentos entre parientes comprende a los colaterales sólo hasta el segundo grado (cfr. art. 143 CC)[18].

Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen la inviolabilidad de la familia, ya sean bilaterales o multilaterales, y ya sean de carácter general o específico. Algunos de estos cuerpos normativos constituyen un precedente sobre los principios y derechos proclamados en esta materia por la Constitución española de 1978. Otras normativas han sido aprobadas en épocas más recientes.

La mayoría de esos convenios son de carácter multilateral, lo cual resulta de gran importancia por la gran cantidad de Estados que participan en su aplicación. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 16.1 –reconoce el derecho a contraer matrimonio y formar una familia- y 3 –proclama que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"-); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966 (art. 23.1 y 2 –reconoce los mismos derechos que el art. 16 DUDH-); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de misma fecha que el anterior[19], (art. 10.1 –tiene un contenido análogo al de los arts. 16

[16] En este sentido, DIEZ PICAZO, L., GULLÓN A., *Sistema de derecho civil (vol. IV, Tomo I). Derecho de Familia.*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 21, que afirma que la relación familiar puede tener lugar sin consanguinidad -como la que se da entre los parientes afines- y, del mismo modo, puede haber un vínculo de consanguinidad sin relación familiar -*v.gr.* si el hijo no ha sido reconocido legalmente-.

[17] MORENO QUESADA, L. "Capítulo 1. La familia y el Derecho de familia", en AA.VV. Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de derecho civil IV… op. cit.*, p. 35.

[18] DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae»… *op. cit.*, p. 839.

[19] Los Instrumentos de Ratificación de España de ambos Pactos fueron publicados en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337-9347.

DUDH y 23 PIDCP, pero reivindica una protección especial para la constitución de la familia y, después de ello, en tanto sea la encargada del cuidado y educación de los hijos); la Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social, de 11 de diciembre de 1969 (art. 4 –versa sobre protección de la familia como "unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros" para el desempeño de sus funciones); la Convención sobre los Derechos del Niño[20], de 20 de noviembre de 1989 (Preámbulo –define la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros", sobre todo de los niños-, arts. 5, 8.1 –entre cuyos compromisos se halla el respeto al derecho de los menores a preservar sus relaciones familiares-, 16.1 –exige que no se injiera en la vida privada y familiar del menor- y 20.1 –ordena la protección especial a menores en situación de desamparo-), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[21], de 18 de diciembre de 1979 (art. 16 –recoge, entre todos los derechos reconocidos, el de contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y los mismos derechos y obligaciones que los hombres como progenitoras, tutoras y curadoras, entre otras instituciones-). Todos estos pactos y convenciones han sido adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Como ha recordado un sector de la doctrina, la ratificación por España de los pactos y convenios internacionales hace que éstos -siempre que contengan verdaderos derechos, y no sólo principios programáticos- sean de aplicación imperativa en atención al artículo 96.1 CE, y que tengan un importante papel en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales en virtud del artículo 10.2 CE[22].

Entre los convenios bilaterales suscritos por España, el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia de 9 de julio de 2014 reconoce en su Preámbulo la importancia

[20] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

[21] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7715-7720.

[22] FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 248-249.

de la familia en el crecimiento y desarrollo del menor, así como de no perder los lazos afectivos con la familia de origen[23].

Por otro lado, en el marco del Consejo de Europa interesan el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[24], de 4 de noviembre de 1950 (cfr. arts. 8 –relativo al respeto de la vida privada y familiar- y 12 –referente al derecho a contraer matrimonio y formar una familia-), la Carta Social Europea[25], de 18 de octubre de 1961 (cfr. arts. 16 –sobre el reconocimiento del derecho a la protección social, jurídica y económica de la familia-, 17 –de exigencia de medidas para garantizar la protección social y económica de madres y niños- y 19 –de reconocimiento del derecho a la protección de trabajadores migrantes y sus familias-) y el Convenio Europeo en materia de adopción de menores -revisado-, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008[26].

En este ámbito, la jurisprudencia es valedora, de modo muy especial, del respeto a la vida privada y familiar (cfr. art. 8 CEDH)[27]. Algunos autores, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han admitido que la familia es un fenómeno más fáctico que jurídico y, en consecuencia, han subrayado la idea de que el concepto de familia contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. art. 8 CEDH) engloba tanto aquéllas matrimoniales como las que tiene su base en la mera convivencia de sus miembros[28].

---

[23] BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2015, pp. 26414-26422.

[24] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570.

[25] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, pp. 14533-14540.

[26] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, pp. 77734 a 77743.

[27] Entre otras, destacan las SSTEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c.* Bélgica, ECLI:CE:ECHR:1991:0218JUD001231386; de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, y de 12 de junio de 2014, *Fernández Martínez c. España*, ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, y las SSTJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434 y de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, consultadas en https://hudoc.echr.coe.int y https://curia.europa.eu/ respectivamente.

[28] CHASSIN, C.A. "3. La vie familiale", en AA.VV., Dir. A. BATTEUR, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2e ed., Issy-Les Molineaux, LGDJ, 2016, pp. 246, 247 y 250, con fundamento en las SSTEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, §45; de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480, §66 y 67; de 26 de mayo de

Finalmente, entre los instrumentos jurídicos que se refieren a la familia en el marco de la Unión Europea se encuentra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, del Parlamento Europeo[29], reformada en 2007 (cfr. arts. 7 –sobre el respeto de la vida privada y familiar-, 9 –relativo al derecho a contraer matrimonio y a formar una familia- y 33 –garante de la protección jurídica, económica y social de la familia-).

El Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no contienen disposiciones dedicadas a la institución familiar[30].

En el presente trabajo se realiza un estudio evolutivo de la familia, si bien no se remonta a los orígenes de la misma. Se parte de la Constitución española de 1978 para analizar la evolución de los modelos familiares desde esa fecha hasta el presente, por cuanto la Carta Magna ha posibilitado y favorecido tal evolución y la constitución de nuevas y múltiples formas de vivir en familia.

Lo que está claro es que no se debe buscar una definición de familia, exclusivamente, en el ámbito del derecho civil. El hecho de que la Constitución no contenga un concepto de familia no significa que no ofrezca las herramientas necesarias para extraer qué se debe entender por tal a sus propios efectos. Esto se debe poner en relación con las palabras de cierto sector de la doctrina, que ha destacado el relieve que tendría que los iusprivatistas ahondaran en el alcance de la Constitución sobre el derecho privado, en el sentido de no aislarse en su propia disciplina y de no creer que la Norma Fundamental es sólo una norma programática que nada influye en la legislación civil si no es oportunamente desarrollada por el legislador ordinario[31].

1994, *Keegan c. Irlanda*, ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990, §44, y de 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD002202804, §37.

[29] DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000, pp. 1-22.

[30] El primero hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, pp. 13-46), y el segundo hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, pp. 47-388).

[31] FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I… op. cit.*, p. 3, y se refiere concretamente a las recíprocas relaciones entre los derechos de familia y constitucional en p. 24.

El arquetipo familiar recogido en la Constitución española de 1978 es el modelo que sirve de epicentro a la presente tesis doctoral, razón por la cual se trata éste en primer lugar para luego hacer lo propio con otras formas de vivir en familia.

Algunos autores encuentran en la ausencia de concreción de la familia en la Constitución "la clave del sistema democrático de la regulación de la familia", y no una traba[32]. No se define a la familia, sino que sólo se garantiza que una de las funciones más importantes de la familia -el cuidado de los hijos- quede asegurada.

Son varios los preceptos constitucionales que afectan a la familia (entre otros, cfr. arts. 18.1 –garantía del derecho a la intimidad personal y familiar-, 33 –derecho a la propiedad privada y a la herencia- y 35 CE –derecho a tener una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia-), pero la clave de bóveda en esta materia es su artículo 39, precepto donde se garantiza la protección de la familia y de los hijos que, en conexión con el artículo 32 CE -reconocimiento constitucional del matrimonio-, ofrece las herramientas para realizar una interpretación del modelo familiar constitucional.

Lo primero que conviene aclarar es que el artículo 39 CE no contiene derechos de los particulares, sino un principio rector. Por su situación en la Carta Magna no puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Reza el precepto que "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia" (cfr. art. 39.1.º CE), y luego expresa que "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil" (cfr. art. 39.2.º *in primis* CE).

A su vez, se reconoce al hombre y la mujer el derecho a contraer matrimonio y reserva a la ley la regulación de sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, las causas de separación y disolución del vínculo y sus efectos (cfr. art. 32 CE).

---

[32] En este sentido, se han señalado como causas de esta falta de definición inicial de la familia que la Constitución no se inclina a favor de ningún modelo en particular, sino que sienta unos principios rectores para su protección, y que así se posibilita la acomodación del concepto a los cambios que el mismo experimente en la sociedad con el transcurso del tiempo. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La familia y el parentesco", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Cálamo, 2005, pp. 9-10; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Familia y las relaciones de convivencia", *op. cit.*, p. 20. En otras palabras, también se ha manifestado que la Constitución "parte de un concepto abierto, adaptable y no constrictivo" -ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, n.º 10, p. 209-, si bien tal afirmación debe ser desarrollada a su debido momento, con precisión de sus particularidades.

La exégesis conjunta de ambos preceptos sugiere deslindar, de un lado, el análisis del modelo constitucional de familia y, de otro, el del nivel de protección constitucional de las familias. La Constitución española protege jurídicamente a todas las familias, pero no del mismo modo. Ampara a toda familia, mas otorga un grado de protección mayor a la familia matrimonial por cuanto reconoce expresamente el matrimonio, circunstancia que no se da en relación a las familias de hecho. No obstante, tal coyuntura no representa un problema respecto a la filiación, pues se garantiza la protección jurídica de todos los hijos sea cual sea su origen (cfr. 39.2.º CE)[33].

El modelo constitucional de familia se estructura fundamentalmente en tres pilares: familia nuclear, familia plural y familia con exclusivo interés privado de sus miembros[34]. Ello significa que la Constitución española de 1978 parte de un arquetipo familiar -la familia nuclear-, que constituye el primer pilar sobre el que se asienta el modelo familiar constitucional; a partir de ese patrón, y en virtud de la protección a las familias de los artículos 39 CE y 9.2 CE en conexión con el artículo 10.1 CE, la Constitución favorece la formación y proliferación de otros tipos de familias distintos de la nuclear tradicional -familias de hecho, monoparentales, reconstituidas…-; finalmente, para completar la estructura del modelo familiar constitucional, debe entenderse que el interés en proteger la familia -todo tipo de familia- radica en que se trata del grupo en el que se integra el individuo con mayores posibilidades, por lo general, de lograr la consecución de los derechos fundamentales de los componentes que la forman.

1. FAMILIA NUCLEAR

El primer pilar sobre el que descansa el modelo de familia de la Constitución española de 1978 es el de la nuclearización de la familia. La doctrina en general

[33] Al menos en la teoría, esto es así. Sin embargo, en algunos ámbitos sociales y jurídicos aún se observan desigualdades de trato.

[34] SERNA MEROÑO, E. *La reforma de la filiación… op. cit.*, p. 163. Tras haberse referido a la familia nuclear -primer pilar-, la autora contempla dos directrices en las que se orienta el modelo constitucional de familia: el "pluralismo" y "la privatización", que son consecuencia de los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad e igualdad.

conviene en que el modelo familiar del que parte el legislador constitucional es el de familia nuclear[35].

Algunos autores se refieren a la transformación de la noción amplia de familia a una noción nuclear o "estricta" como "fenómeno de *contracción de la familia*"[36]. Las llamadas familias nucleares sustituyen a las familias extensas entre hace dos y tres siglos como arquetipo imperante[37]. Se cimientan hacia la mitad del siglo XIX y no es hasta un siglo después que recibe su nombre a manos de los sociólogos americanos[38].

Se apunta, en un primer momento, que el modelo familiar constitucional era el formado por pareja heterosexual, incluso no casada, e hijos, tanto matrimoniales como no matrimoniales. No obstante, el pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional al respecto supuso la superación de tal apreciación[39].

---

[35] Concepto adoptado de la sociología. *Vid. v.gr.*, LACRUZ BERDEJO, J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia (vol. I)… op. cit.,* p. 10; ROCA I TRÍAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia… op. cit.*, p. 16; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo 1. Familia, sociedad y derecho", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de derecho civil (IV). Derecho de familia*, Madrid, Colex, 2007, p. 22; MORENO QUESADA, L. "Capítulo 1. La familia y el Derecho de familia", en AA.VV. Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de derecho civil IV… op. cit.*, p. 34, aunque este autor emplea la expresión de "familia celular"; algunos autores han manifestado que, no obstante, este concepto de familia nuclear "ni es el único ni debe afirmarse que los demás deban tender a éste" -DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil… op. cit.*, p. 23-.

[36] ROCA I TRÍAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia, op. cit.*, p. 16.

[37] IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord), *Las familias monoparentales: seminario hispano-francés… op. cit.*, p. 26. Este sector de la doctrina sociológica española identifica la familia nuclear con la formada por un hombre y una mujer adultos y, de haberlos, sus descendientes -pp. 26-27- y describe las tres formas en que puede tener lugar: a) familias tradicionales: son aquéllas en que el marido trabaja fuera de casa y la mujer se dedica a las labores del hogar y la atención de los hijos; b) familias semitradicionales: son las familias en que tanto marido como mujer desempeñan un trabajo remunerado, pero la mujer se encarga asimismo de todas las tareas del hogar y del cuidado de los hijos; c) familias de doble carrera: son aquéllas en que ambos cónyuges trabajan fuera de casa -el trabajo de la mujer ya no es visto simplemente como de colaboración, sino que se asimila al del marido- y, a la vez, se distribuyen las labores domésticas y el cuidado de los hijos, de modo que son las más comprometidas con la igualdad de los cónyuges -p. 27-.

[38] ROCA I TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Patrimonio matrimonial… op. cit.*, p. 21.

[39] Ello se expone en el siguiente subapartado.

Desde una perspectiva más moderna, se entiende que el concepto constitucional de familia viene marcado por el principio de igualdad y la protección social de la familia (cfr. arts. 32 y 39 CE)[40].

Asimismo, se ha identificado este modelo de familia con la formada por progenitores e hijos menores de edad[41], "y sólo excepcionalmente por otros parientes"[42]. Es ,por ejemplo, el caso de algunos ascendientes sobre los que deben hacerse cargo los cónyuges.

Por su parte, un sector de la doctrina italiana identifica la familiar nuclear con la formada por los cónyuges o los convivientes y sus hijos -naturales o adoptivos-, de haberlos, o bien puede ser la formada por uno sólo de los cónyuges y los hijos -familia monoparental-[43].

En el campo de la antropología social, algunos autores han señalado como elementos definitorios de la familia nuclear tanto las relaciones de parentesco como la convivencia en el hogar familiar[44].

---

[40] ROCA I TRÍAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia… op. cit.*, p. 18.

[41] Entre los que algunos autores han incluido, acertadamente, a los hijos no comunes de los cónyuges o miembros de la pareja estable. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La familia y el parentesco", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Cálamo, 2005, p. 12; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Familia y las relaciones de convivencia", *op. cit.*, p. 22.

[42] SERNA MEROÑO, E. *La reforma de la filiación… op. cit.*, p. 158; en el mismo sentido, SERNA MEROÑO, E. ''El principio de igualdad en la familia*'', Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 2010, nº 44, pp. 148-149.

[43] AULETTA, T. *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 8. En esta línea, la expresión "familia nuclear" no hace referencia a un único tipo familiar. El modelo de familia nuclear obedece a situaciones tan variadas y complejas como la familia extensa, y consecuencia de ello es que, dentro de ese modelo, encajen muchas modalidades familiares, incluidas las monoparentales o las reconstituidas. *Vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, pp. 43-46.

[44] ÁVILA CANTOS, D., AYALA RUBIO, A., DÍAZ RODRÍGUEZ, P. "Reflexibidad del parentesco desde el punto de vista de progenitores e hijos/as: ¿hacia un nuevo modelo de familia?", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos* -Informe de resultados del proyecto de investigación aprobado en la convocatoria Orden TAS 2051/2005, de 12 de abril (de financiación mediante subvenciones para el fomento de la investigación de la protección social [FIPROS]), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-, pp. 200-201. Consultado en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9f0d0221-78de-4e2f-baac-

En cualquier caso, de la familia nuclear se debe destacar que se singulariza por ser un grupo donde sus miembros están unidos por fuertes lazos de solidaridad[45].

2. FAMILIA PLURAL

El sistema constitucional puede considerarse pluralista en el ámbito familiar, por cuanto permite a cada individuo o grupo de ellos escoger libremente el modelo familiar que le sea más idóneo[46].

En un primer momento podría pensarse que el concepto de familia nuclear y el de familia plural se excluyen entre sí. Sin embargo, se trata de realidades compatibles. La familia nuclear es el modelo del que parte el legislador constitucional en su configuración de la familia que resulta digna de protección, pero no es sino el comienzo, el primer pilar sobre el que asienta la familia.

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de definir el "sistema familiar" plural[47]. De ese modo, "…desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".

La nota del pluralismo parece ser la que hace imposible o, si se prefiere, inapropiado ofrecer un concepto único de familia. En virtud de aquél la sociedad se presenta como "abierta"[48] y las relaciones entre sus componentes son de una complejidad inédita. Tanto es así que todo individuo puede formar parte de varios modelos familiares a lo largo de su vida. De este modo, las diversas estructuras familiares pueden ser fases del ciclo vital de cada individuo, sin que la opción por una de ellas en un determinado momento signifique la definitiva renuncia a todas las

---

113149310d5e/9.+La+proteccion+social+ante+los+nuevos+modelos+de+familias.+el+caso+de+los+hogares+recompuestos%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID= el 26/07/2020.

[45] BIANCA, C.M. *Diritto Civile. 2.1: La famiglia* (5. ed.), Giuffrè, Milano, 2014, p. 2.

[46] SERNA MEROÑO, E. *La reforma de la filiación… op. cit.*, p. 163.

[47] STS 320/2011 (Sec. 1.ª), de 12 de mayo de 2011, Roj: STS 2676/2011, FD 3º. *Vid.* también, en este sentido, STS 740/2013 (Sec. 1.ª), de 5 de diciembre de 2013, Roj: STS 5765/2013, FD 3º.

[48] ROCA I TRIAS, E. *Libertad y familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 56.

demás. Algunas de ellas son un preludio de otras[49]. *V. gr.*, una familia con hijos fundada en el matrimonio puede desembocar en una familia monoparental tras el divorcio de la pareja o el fallecimiento de uno de sus miembros, y ésta, a su vez, puede evolucionar hacia una familia reconstituida si el progenitor decide iniciar una vida en común con otra persona.

La existencia de tan diversos modelos familiares no tiene su raíz en la CE de 1978. Muy al contrario, su aparición se remonta a tiempos antiguos[50]. Lo significativo al hablar de esa pluralidad de modelos se halla, más que en su novedad, en que ahora todos son observados en un mismo plano y pueden servir a un mismo fin, sin que ninguno de ellos se vea relegado a la exclusión o lo anecdótico[51].

---

[49] En un sentido similar y con específica referencia a la situación de monoparentalidad, MANTOVANI, M. "Le famiglie monoparentali", en G. CASTELLANI, A. CORDIANO (Dirs.), *La famiglia nella società contemporánea*, Ariccia (Roma), Aracne editrice, 2016, p. 31.

[50] *V. gr.*, se puede afirmar que en el derecho romano era perfectamente lícito el llamado "concubinato" -unión entre dos individuos libres (mujer y hombre) sin concurrencia de la *maritalis affectio*-, principalmente, por la prohibición de contraer matrimonio con personas de inferior clase social, establecida por el emperador Augusto. No obstante, los hijos nacidos de esta relación ni se consideran legítimos ni están sujetos a la *patria potestas* del *paterfamilias (*GÓNZALEZ AUDICANA J.M., "Las uniones de hecho en el derecho comparado: principios generales y uniformidad del Derecho europeo de familia ante las parejas de hecho", en VILLAGRASA ALCAIDE C., (Coord.), *El Derecho europeo ante la pareja de hecho. La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 120). No obstante, el concubinato tiene una significación distinta según el momento de la Antigua Roma que se tome en consideración. Otro ejemplo lo constituyen las parejas compuestas por personas del mismo sexo: Suetonio y Tácito afirman, en el siglo I, la existencia de matrimonios entre hombres, puesto que el matrimonio en la Antigua Roma era un contrato privado -SÁNCHEZ NAVARRO, G. *Homosexualismo*, EE. UU., 2010, p. 60-. El mismo emperador Nerón ordenó castrar al joven Esporo y lo hizo su esposa -SUETONIO, *Vida de los doce Césares* (Traducción y notas de Rosa María Agudo Cubas), Tomo II, Libro VI (*Nerón*), Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1992, pp. 153-154-, aunque ésta fue una más de sus excentricidades. En cuanto a las familias monoparentales, recuérdese que, en la Antigua Roma, era muy frecuente la adopción por los varones *sui iuris*, mediante la *adoptio* -adopción de *alieni* iuris- o mediante la *adrogatio* -adopción de otro *sui* iuris-, aunque fuesen solteros o viudos; si bien, la justificación de estas figuras distaba mucho de la de la actual institución de la adopción. También ha habido siempre madres solteras, pese a que su situación no estaba reconocida jurídicamente y -en función de la sociedad y época a considerar- no estaba bien valorada por la sociedad. Para terminar, las familias reconstituidas, compuestas por miembros provenientes de una o varias familias anteriores, han existido siempre y, desde luego, las había antes de la Constitución española de 1978, si bien la causa principal era la viudez: normalmente, la constituía un varón con hijos que enviudaba y contraía segundas nupcias. Estos hijos, con frecuencia, convivirían con la segunda esposa y unos hijos comunes habidos con ella. Incluso CARBONNIER se refería a algo llamado "principio de pluralidad de tipos", según el cual se presume que las familias conyugal -nuclear- y patriarcal o amplia siempre han coexistido en mayor o menor medida -CARBONNIER, J. *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, *op. cit.*, p. 195-.

[51] En este sentido, CORRAL TALCIANI, H. "¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la "pluralidad de formas de familia", en DÍAZ

Cuando se habla de familia y sus tipologías se deben tener en cuenta las circunstancias de diversa naturaleza -económica, política, cultural…- del contexto donde se enmarquen. Estos condicionantes influyen en la organización de la familia del mismo modo que ésta actúa sobre aquéllos, por lo que no se pueden obviar esas circunstancias en el estudio de la familia y viceversa[52].

Una vez sentado lo anterior, se debe resolver qué significa, entonces, el segundo pilar sobre el que se estructura el modelo constitucional de familia: evidencia que la CE de 1978 fomenta -y así ha resultado- la multiplicación de estos tipos familiares. Pero, tal vez, lo más singular del asunto sea que la protección constitucional de todos estos modelos familiares -proyectada a raíz de la realidad de éstos en la sociedad- ha supuesto, al mismo tiempo, un cada vez mayor reconocimiento social de los mismos. El legislador constitucional ampara esos modelos familiares y no los ignora ni los prohíbe, porque es consciente de que la ley no puede contener el avance de la sociedad -aunque sí ralentizarlo-. Y con esta tutela favorece su crecimiento en número.

El Tribunal Constitucional recoge en algunas sentencias la expresión "realidades familiares", con la que parece referirse a cada uno de los modelos familiares que pueden tener lugar en la sociedad española[53]. Sin embargo, la

---

ALABART, S., ALPA, G. *100 años de la "Revista de derecho privado" (1913-2013)*, Barcelona, Reus, 2014, p. 52.

[52] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones", en Coords. J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4916.

[53] *V. gr.,* STC 154/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo de 2006, ECLI:ES:TC:2006:154 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006), FJ 8.º, "realidades familiares extramatrimoniales"-; STC 41/2013 (Pleno), de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TC:2013:41 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013), FJ 4º, STC 45/2014 (Sala Segunda), de 7 de abril de 2014, ECLI:ES:TC:2014:45 (BOE núm. 111, de 7 de mayo de 2014), FJ 3º, STC 51/2014 (Sala Segunda), de 7 de abril de 2014, ECLI:ES:TC:2014:51 (BOE núm. 111, de 7 de mayo de 2014), FJ 3º, y STC 60/2014 (Sala Primera), de 5 de mayo de 2014, ECLI:ES:TC:2014:60 (BOE núm. 134, de 3 de junio de 2014), FJ 3º, que aluden a la convivencia de hecho (del mismo modo, la noción de familia contenida en el artículo 8 CEDH no se limita a la familia basada en el matrimonio, sino que también puede comprender otras familias de hecho, basadas en la convivencia -es la interpretación que del artículo 8 CEDH realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones adoptadas a propósito de los casos ya citados *Zaunegger c. Alemania* [STEDH 3 diciembre 2009, § 37] y *Keegan c. Irlanda* [STEDH 26 mayo 1994, § 44]-), o STC 98/2014 (Sala Primera), de 23 de junio de 2014, ECLI:ES:TC:2014:98 (BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014) -FJ 1º, se refiere al "modelo de familia homosexual como una de las realidades posibles"-.

denominación "realidades familiares" no es tan utilizada en el ámbito jurídico como en los de la sociología y el trabajo social[54].

Por otro lado, el artículo 39 CE no limita su ámbito de protección a la familia formada por parejas heterosexuales, lo que significa que el legislador debe regular las relaciones de pareja formadas por personas del mismo sexo, cometido que puede llevar a cabo a través de una variedad de procedimientos -"remisión en bloque" al sistema matrimonial heterosexual; creación de un instituto nuevo, dotado de unos efectos apropiados a los problemas que se plantean a estas parejas, o regulación de las parejas homosexuales no matrimoniales-[55].

Al estructurar la familia sobre un modelo plural se ha tenido una singular deferencia al libre desarrollo de la personalidad y el beneplácito de los poderes públicos a muy distintos modos de convivir[56]. En este sentido, la continua transformación de la familia es expresión de la personalidad[57].

Se reconoce, por tanto, la existencia de realidades familiares en plural. El hecho de que se distinga entre realidades familiares matrimoniales y extramatrimoniales, o entre modelos de familia basados en la orientación sexual de sus miembros, parece indicar que todos ellos son realidades familiares diferentes. El artículo 39 CE protege a todo tipo de familias, pero a ello se limita[58]. En este sentido,

---

[54] RODRÍGUEZ PASCUAL, I., MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S. "El reto de las nuevas realidades familiares", *Portularia*, nº 3, 2003, pp. 9-32 -se denomina "nuevas realidades familiares" a la "mutación del esquema general de interrelación familia-sociedad y a sus diversas manifestaciones prácticas" (p. 10)-; RODRÍGUEZ PASCUAL, I. "Qué nueva intervención para qué nuevas realidades familiares: el problema de la diversidad familiar en la sociedad española y sus implicaciones para el trabajo social", *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, nº 12, 2004, pp. 65-78; GUERRERO MUÑOZ, J. "La familia: realidades y cambio social", *La razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas*, nº 33, 2016, pp. 154-180.

[55] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *Diario La Ley*, nº 6359, Sección Doctrina, 2005, pp. 1, 2 y 4, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAVMzY3MztbLUouLM_DzbsMz01LySVACdY5aEIAAAAA==WKE el 26/07/2020.

[56] SERNA MEROÑO, E. ''El principio de igualdad en la familia*'', Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 2010, nº 44, p. 149.

[57] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive, *Comparazione e Diritto Civile*, noviembre 2012, p. 4. Consultado en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/cordiano_funzioni.pdf el 26/07/2020.

[58] Fruto de ello es el hecho de que no en toda España se dispongan de las mismas opciones a la hora de fundar una familia. Así, en virtud de los artículos 32 y 39 CE, las parejas pueden elegir entre constituir un matrimonio o una unión de hecho en todas las comunidades autónomas, pero,

se ha sostenido que el precepto contiene un principio protector, pero no asimilador de situaciones familiares, y que las escasas reglas sobre los tipos familiares de *facto* no forman parte del derecho de familia *stricto sensu* (cfr. art. 39.1 CE)[59]. Tal vez, la prueba más significativa de ello sea la existencia del artículo 32 CE: con su presencia, parece que el legislador constitucional quiere dejar patente la singular protección de la familia basada en el matrimonio.

Deviene necesario, entonces, referirse a una complicada cuestión: determinar cuáles son las obligaciones, y cuáles las opciones, del legislador ordinario en lo que atañe al derecho fundamental a contraer matrimonio.

La protección a todas las familias del artículo 39 CE no lleva aparejada la obligación para el legislador de proporcionar una regulación de todas y cada una de ellas[60]. Por un lado, así de patente lo deja la Constitución al garantizar el derecho a contraer matrimonio y la reserva de ley para la regulación de ciertos aspectos de la institución matrimonial (cfr. art. 32 CE). De este modo, las uniones de hecho gozan de protección por vía del artículo 39.1 CE, pero este precepto no entraña título constitucional alguno para exigir la regulación legal de aquéllas, esto es, su desarrollo normativo por el legislador ordinario.

Se establece, respecto de los derechos del Capítulo II -entre los que se encuentra el del artículo 32 CE-, que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades" (cfr. art. 53.1 CE)[61]. Por otro lado, se enuncia que "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (cfr.

además, la diversa regulación proporcionada por los legisladores ordinarios ha comportado que las personas que convivan en el territorio de las regiones que han regulado las parejas registradas, también dispongan de la alternativa de instituirse en pareja de derecho sobre la base de la convivencia.

[59] ROCA I TRÍAS, E. "Constitució i família", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, vol. 83, núm. 2, p. 298.

[60] En este sentido, algunos autores han incidido sobre el rol constitutivo y de adaptación del derecho sobre la realidad, con independencia de que la familia sea anterior al mismo. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", *op. cit.*, p. 2419.

[61] Este precepto, aunque con sus diferencias, tiene su origen en el artículo 19.II de la Ley Fundamental de Bonn. Por otro lado, la garantía del contenido esencial ha sido también recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -art. 52.1.º-.

art. 53.3 CE *in primis*). Esto último conlleva afirmar que corresponde al legislador la decisión de regular la unión de hecho[62].

La amplia libertad del legislador sólo viene limitada por la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales[63].

La doctrina científica ha meditado sobre qué sea el contenido esencial, si bien se ha de resumir que el contenido esencial de un derecho constitucional es el "límite de los límites" a la potestad del legislador, es decir, la porción del derecho que constituye su esencia, sin la cual el derecho ya no es tal, no resulta identificable[64].

Pero no parece que el artículo 32 CE recoja el contenido esencial de la institución matrimonial, sino que garantiza su existencia y somete al principio de legalidad una serie de cuestiones fundamentales, sobre cuyas opciones no se pronuncia la Norma Fundamental. Será la ley la que deberá respetar el contenido esencial, el cual se conformará por medio de otros parámetros[65]. En concreto, se trata

---

[62] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "23 de julio de 1993. Parejas de hecho, no aplicación del régimen de gananciales", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 33, 1993, p. 987; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. "Familias matrimoniales y no matrimoniales", en LÓPEZ Y LÓPEZ A.M., MONTÉS PENADÉS V.L., ROCA I TRÍAS E. (Coord.), *Derecho de familia*, *op. cit.*, p. 31.

[63] En este sentido, STC 5/1981 (Pleno), de 13 de febrero de 1981, ECLI:ES:TC:1981:5 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981), FJ 7.º, sobre la libertad de enseñanza. Las razones de esta garantía se pueden hallar en el hecho de que la Constitución venga imbuida por el iusnaturalismo, lo cual sólo quiere decir que los derechos que reconoce como fundamentales y las libertades públicas son anteriores a ella, inherentes al ser humano y no un producto del derecho positivo -sin olvidar que, además de tener su base en el individuo, los derechos fundamentales también engloban al Estado y la comunidad. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Traducción de Joaquín Brage Camazano), Madrid, Dykinson, 2004, p. 139-, y de ello son buena representación el artículo 10.1 CE -reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad- y, en general, los valores superiores que recoge e inspiran todo el ordenamiento jurídico -en este sentido, MARTÍN HUERTAS, M.A. "El contenido esencial de los derechos fundamentales", *Revista de las Cortes Generales*, nº 75, 2008, pp. 129 y 143; PRIETO SANCHÍS, L. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 450; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n° 10, 1984, p. 16-.

[64] PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, nº 3, 1981, p. 177, 180 y 182; PRIETO SANCHÍS, L. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *op. cit.*, p. 439.

[65] Para saber cómo se concreta, primero se debe señalar que el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado que ha de interpretarse y concretarse por medio de la técnica jurídica

de dos parámetros o criterios complementarios fijados por la jurisprudencia constitucional y repetidos en diversas ocasiones en relación a otros derechos fundamentales[66]. Entre ellas, cabe destacar una[67], que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 1 de julio[68], por referirse, concretamente, a la cuestión del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio del artículo 32 CE. La interpretación jurisprudencial del artículo 32 CE

-PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *op. cit*., p. 188, y ello está en conexión con GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Los fundamentos constitucionales del Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 52, 1998, p. 20, cuando afirma que, como norma jurídica, la Constitución ha de interpretarse con métodos jurídicos.-.

[66] A partir de la STC 11/1981 (Pleno), de 8 de abril de 1981, ECLI:ES:TC:1981:11 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981), que versa sobre la ley de huelga (FJ 8.º y 10.º). Se trata del criterio de la recognoscibilidad y el criterio de la efectividad de los intereses jurídicamente protegidos, como han sido denominados en ANGOSTO SÁEZ, J.F. *El "ius aedeficandi" y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998, pp. 89-90. Así, como señala el TC a propósito del derecho de huelga -FJ 10.º-, "…entendemos por «contenido esencial» aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su pecualiaridad (sic.) o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga". Más concretamente -FJ 8.º-, "Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. (…). Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.".

[67] STC 198/2012 (Pleno), de 6 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TC:2012:198 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

[68] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio -BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632 a 23634-.

tiene un doble contenido: en primer lugar, trata la cuestión del matrimonio como garantía institucional[69]; en segundo lugar, se refiere a la identificación del matrimonio con un derecho constitucional:

Primera cuestión. Se trata de dilucidar si, tras la reforma de 2005, la institución matrimonial ha cambiado tanto que no se la reconoce. El Tribunal, con base en datos estadísticos y en el derecho comparado y europeo en materia de derechos humanos, considera un hecho notorio la aceptación por parte de la sociedad del matrimonio entre dos personas con independencia de su orientación sexual. La sociedad evoluciona y ese proceso no se puede detener, como tampoco se puede ignorar. El Tribunal hace una suerte de "interpretación evolutiva" del concepto constitucional de matrimonio y concluye que la Ley 13/2005 no hace irreconocible la institución del matrimonio a ojos de la sociedad española actual[70].

[69] Se advierten reservas de un sector de la doctrina iuspublicista sobre el empleo de la locución "garantía institucional" en derecho español -salvo para el caso de las llamadas "instituciones garantizadas constitucionalmente" (autonomía local, colegios profesionales…)-, puesto que se trata de una importación del derecho alemán no exenta de discusiones y dificultad. GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 51-60. En concreto, la del matrimonio sería una garantía de instituto jurídico o garantía jurídico-privada (p. 79). Los derechos fundamentales tienen en la doctrina alemana un contenido subjetivo y otro objetivo, y dentro de éste, una parte son las garantías institucionales (pp. 74-75). Según el autor, en derecho español resulta innecesario introducir la expresión de garantía institucional o de instituto al contenido de los derechos fundamentales, por ser muy compleja, oscura y, sobre todo, porque en derecho español junto al contenido subjetivo de los derechos fundamentales -son derechos subjetivos- ya se halla un contenido objetivo -son "valores o principios superiores del ordenamiento jurídico"-, y con eso basta. No necesitan de la teoría de las garantías institucionales porque ya están blindados (pp. 92-99) –frente a los potenciales abusos del legislador, que es precisamente la razón de ser de una garantía institucional (HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, op. cit.*, p. 222)-. Y aunque algunas Sentencias del Tribunal Constitucional hacen alusión a ella (entre otras, STC 53/1985 (Pleno), de 11 de abril de 1985, ECLI:ES:TC:1985:53 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985), FJ 4.º, STC 212/1996 (Pleno), de 19 de diciembre de 1996, ECLI:ES:TC:1996:212 (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997), FJ 3º, y STC 181/2000 (Pleno), de 29 de junio de 2000, ECLI:ES:TC:2000:181 (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2000), FJ 8.º, y STC 37/2011 (Sala Segunda), de 28 de marzo de 2011, ECLI:ES:TC:2011:37 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011), FJ 4.º-), parece que la teoría de la garantía institucional ya no se maneja por el TC (p. 256). Algunos autores convienen en denominar "matrimonio-institución" a este contenido del matrimonio y sostienen que tiene tanto una vertiente privada como pública, por afectar a la sociedad, y de ahí el carácter imperativo de los preceptos que lo regulan. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "El matrimonio: concepto y caracterización", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit*., pp. 112-113; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Matrimonio: requisitos", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña, op. cit*., p. 126; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "El matrimoni (I): requisits", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 80.

Segunda cuestión. Se trata de constatar si la reforma introducida por la Ley 13/2005 establece límites al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. En otras palabras, si, tras la promulgación de la Ley, las parejas heterosexuales pueden seguir ejercitando su derecho en las mismas condiciones en que antes lo hacían. El Tribunal no aprecia límite alguno y considera que la Ley da un paso más en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE) que son fundamento del orden político y la paz social y han de encaminarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales[71]. No obstante, manifiesta que la vía escogida por el legislador para ello no era la única posible[72]. En este punto, queda patente que la clave de la Ley no radica en si el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo es "constitucionalmente necesario", sino si es "constitucionalmente posible"[73].

En conexión con los últimos argumentos expuestos, el momento histórico y los valores superiores expresados en la Constitución serán tenidos en cuenta a la hora de delimitar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, puesto que es éste el que debe resistir, y no un supuesto tipo de matrimonio inmutable[74].

La doctrina se plantea si el derecho debe regular todos los modelos familiares existentes y si, de ser así, ha de hacerlo del mismo modo para todos o en función de las exigencias de cada uno de ellos[75]. Parece que debe entenderse que el sistema

---

[70] STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 9.º. En este sentido, aunque en relación a la herencia, un sector de la doctrina señala que no se trata de que la institución sea inmutable. Las instituciones sufren cambios en cada sociedad a lo largo de los tiempos, pero subsiste un "núcleo básico" que es lo que habrá de tenerse en cuenta para determinar el contenido de la garantía institucional. Así, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. "La garantía institucional de la herencia", *Derecho privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 46.

[71] STC 212/2005 (Pleno), de 21 de julio de 2005, ECLI:ES:TC:2005:212 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2005), FJ 47.º.

[72] STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 10.º. En esta línea, se ha afirmado que se podría mantener que, casarse con quien se quiera, forma parte del libre desarrollo de la personalidad, concretamente de la "autodeterminación sexual". Pero luego expresa que "no todas las manifestaciones de la sexualidad humana gozan de protección, ni siquiera en los ordenamientos jurídicos más permisivos" así como que "amor y matrimonio no son realidades necesariamente coextensas". DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 9.

[73] En este sentido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *op. cit.*, p. 10.

[74] BAURA, E. "El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio", *Ius Canonicum*, vol. XXVII, nº 54, 1987, pp. 736 y 738.

establecido en el artículo 32 CE garantiza una regulación mínima de la familia matrimonial; no obstante, en atención al artículo 39 CE, el Estado puede, y en ocasiones debe, ampliarla a otros modelos familiares.

Resulta oportuno tratar la distinción efectuada por el legislador constitucional entre matrimonio y familia o, dicho de otro modo, las diferencias entre el derecho a contraer matrimonio (cfr. art. 32 CE) y el derecho a constituir una familia (cfr. art. 39 CE). Sobre esta cuestión se ha opinado mucho. Tradicionalmente, tanto los textos normativos de todo nivel, como la doctrina y la misma sociedad, relacionaban la idea de familia con la de matrimonio. En la actualidad, esto ya no es así. Los textos internacionales y europeos, la Constitución y la interpretación de sus preceptos por el Tribunal Constitucional, impulsados por la natural evolución de la sociedad, han logrado establecer la actual dicotomía matrimonio-familia.

La distinción operada ha favorecido la creación de familias por procedimientos distintos al matrimonio[76], si bien los nuevos modelos de familia

---

[75] ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, pp. 1065 y 1072. A estos efectos, cita la referida STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, cuyo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una eventual pensión de viudedad o análoga al conviviente de hecho abrió la puerta a la posterior plasmación legal de la pensión de viudedad en el supuesto de unión de hecho en el artículo 174 del antiguo Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio). La sentencia interpreta que el legislador puede extender la pensión de viudedad a las uniones de hecho o puede amparar a estos sujetos a través de otro mecanismo, pero de ningún modo viene obligado ni vulnera el artículo 14 CE por el hecho de no hacerlo, aunque tal vez pueda ser lo "socialmente deseable" (FD 4º). Posteriormente, la STC 40/2014 (Pleno), de 11 de marzo de 2014, ECLI:ES:TC:2014:40 (BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014), delimitó qué parejas se consideran como tal a efectos de la pensión. En la actualidad, el artículo 221 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103921-103519) regula la pensión de viudedad de las parejas de hecho, de modo particular y autónomo a otras pensiones de viudedad, para el caso de que se cumplan las condiciones que exige la Ley. Se debe distinguir este supuesto de otros como el que se produce cuando la pareja del fallecido solicita una prestación de viudedad con base en la existencia de intención de contraer matrimonio. El Tribunal Supremo ha dejado claro en más de una ocasión -entre otras, SSTS (Sala Cuarta) (Sec. 1.ª), de 19 de noviembre de 1998, Roj: STS 6874/1998, FD 3.º; de 3 de mayo de 2007, Roj STS 3903/2007, FD, 3.º; de 29 de octubre de 2007, Roj STS 8030/2007, FD 3.º, o el ATS (Sec. 1.ª), de 16 de febrero de 2009, Roj: ATS 3772/2009, FD. 1.º, todas ellas en materia de pensión de viudedad- que no es posible equiparar el matrimonio ni a la convivencia como unión de hecho ni a la intención de contraer matrimonio, puesto que en ningún caso el consentimiento matrimonial debe ser presunto, sino debidamente formalizado, ya que éste es la esencia de la institución matrimonial.

[76] ACUÑA GUIROLA, S. "El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978", en AA.VV., Coord. G.M. MORÁN, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña,* La Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, 2003, p. 231. La autora cita al respecto la STS 222/1992, FD 5º.

distintos a la familia nuclear han sido calificados por algunos autores como "*patologías* en relación con el esquema tradicional"[77].

Ya en su momento y coetáneo a la Constitución se resaltaba que la importancia del artículo 39.1 CE residía en aceptar que las familias de hecho podían ser dignas de un amparo adecuado a su condición[78]. La diferencia entre matrimonio y unión de hecho se encuentra, para algunos autores, en el fundamento de ambas. Mientras el primero se basa en "la declaración formal de contraer un vínculo", la segunda lo hace en la "voluntad constante de convivencia"[79].

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto[80]. Reconoce que la Constitución española no establece una coincidencia entre los conceptos de familia y matrimonio, pues regula estas instituciones de modo separado (cfr. arts. 39 y 32 CE, respectivamente) y distinto. Ello no quiere decir que la CE considere el resto de familias distintas al matrimonio por debajo de éste. Significa, por un lado, que el concepto "familia" debe ser interpretado en un sentido muy tuitivo, lo que parece una exigencia del Estado social que es España; por otro lado, el hecho de que el matrimonio cuente con un artículo propio se debe a la necesidad de garantizar su existencia y el contenido esencial de su regulación. Por otra parte, que el matrimonio y la convivencia de hecho no sean "realidades

---

[77] ROCA I TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Patrimonio matrimonial… op. cit.*, p. 23.

[78] LACRUZ BERDEJO, J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia (vol. I)… op. cit.,* p. 30.

[79] VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. "Lección 2.ª. Familias matrimoniales y no matrimoniales", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*, *op. cit.,* p. 33. No obstante, tal vez sería más correcto decir que la unión de hecho se basa, únicamente, en la "voluntad constante de convivencia", ya que en el matrimonio también concurre esta nota que, de hecho, se acepta formalmente en virtud del consentimiento matrimonial. Dicho esto, sin embargo, esa no es la nota base del matrimonio, y prueba de ello es que si se cesa en la convivencia -si tiene lugar la separación de hecho-, el vínculo no se extingue. Requiere del acto formal de disolución del vínculo -sobre esto último, GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 15. Sobre la cercanía entre las parejas no matrimoniales y las matrimoniales, y especialmente en las autonomías que se han limitado a hacer aplicables a estas parejas sus normas civiles relativas al matrimonio, se pronuncia ASUA GONZÁLEZ, C.I. "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 2, 2007, p. 25.

[80] STC 222/1992 (Pleno), de 11 de diciembre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:222 (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993).

equivalentes" obedece a otras razones[81]. Para el caso de la familia de hecho, se ha interpretado que una norma es inconstitucional si impone unas consecuencias jurídicas, sin dar oportunidad a que sus miembros opten por acogerse o no a ella, ya sean ventajosas o desfavorables. Ello vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantizado en el artículo 10 CE, ya que estos sujetos han decidido no someterse a una institución regulada expresamente por el ordenamiento jurídico[82].

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, matrimonio y unión de hecho son realidades diferentes -no se pueden equiparar-, lo cual tiene dos consecuencias: 1) el legislador ordinario puede darles distinto tratamiento, y 2) el legislador ordinario puede otorgarles unas mismas consecuencias jurídicas. El único principio que se puede esgrimir ante la desigualdad de trato es el de igualdad -art. 14 CE-, por supuesto, siempre que dicha diferenciación se base en alguna de las circunstancias que enumera el precepto[83].

A raíz de la interpretación que de ello ha realizado el TC, se han producido algunos cambios legislativos, como el ya visto de la pensión de viudedad de las

[81] Sobre el hecho de que ambas instituciones no son "realidades equivalentes", *vid*. SSTC 184/1990 (FD 3º) y SSTC 29/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:29 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991), 30/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:30 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), 31/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:31 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991); 35/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:35 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991); 38/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:38 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991); 77/1991 (Pleno), de 14 de mayo de 1991, ECLI:ES:TC:1991:77 (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1991), 29 y 222/1992 (FD 5º).

[82] Entre otras, SSTC 47/1993 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 1993, ECLI:ES:TC:1993:47 (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1993), FJ 4.º, 155/1998 (Sala Segunda), de 13 de julio de 1998, ECLI:ES:TC:1998:155 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998), FJ 3.º, 93/2013 (Pleno), de 23 de abril de 2013, ECLI:ES:TC:2013:93 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013), FJ 8º, que determina que la facultad de optar entre matrimonio o unión de hecho "se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art 10.1 CE)", y 110/2016 (Pleno), de 9 de junio de 2016, ECLI:ES:TC:2016:110 (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016), FD 8º.

[83] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "23 de julio de 1993. Parejas de hecho, no aplicación del régimen de gananciales", *op. cit.*, pp. 987-988. Esta autora no descarta aplicar la analogía en ciertos casos si se da una identidad de razón -pp. 989-990-. En concreto, el TC se pronunció en 1987 sobre la regulación de la pensión de viudedad, contemplada sólo para las parejas casadas, y fijó que ello no suponía en modo alguno una discriminación apoyada sobre una circunstancia social, ya que, por un lado, al no ser realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia no matrimonial, el legislador puede, "dentro de su amplísima libertad de decisión", deducir "razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida" y, por otro lado, que del artículo 14 CE en absoluto se debe inferir que deba darse "la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieran o no contraído matrimonio" -ATC 156/1987 (Sec. 2.ª), de 11 de febrero de 1987, ECLI:ES:TC:1987:156ª, FJ 1.º-. Posteriormente, ha seguido esta doctrina en Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, mencionada *ut supra*.

parejas de hecho (cfr. art. 221 TRLGSS) y el del derecho a subrogarse *mortis causa* en el contrato de arrendamiento al conviviente de hecho del arrendatario (cfr. art. 16.1.b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos)[84].

Se concluye, pues, que todas las familias se hallan constitucionalmente protegidas (cfr. arts. 39.1 y 32 CE); que los hijos, ya sean fruto de un matrimonio, separado o no, o habidos por pareja no casada, con ambos progenitores, uno o ninguno conocido, así como sus madres -se entiende que también los padres, y se trata de una protección expresa de las familias monoparentales-, gozan todos del mismo grado de protección por parte de los poderes públicos (cfr. art. 39.2 CE), de "asistencia de todo orden" por parte de sus progenitores (cfr. art. 39.3 CE) y están amparados por los convenios internacionales en materia de protección de menores (cfr. art. 39.4 CE). Dicho de otro modo, la Constitución iguala y protege a todos los hijos y ampara, pero no equipara, a todas las familias; las matrimoniales gozan de una protección mayor por la existencia del artículo 32 CE[85] y las no matrimoniales vienen protegidas constitucionalmente a través del artículo 39.1 CE, gracias a la interpretación que del precepto ha realizado el máximo intérprete de la Constitución.

Finalmente, es importante aclarar que el artículo 39 CE es de aplicación directa a los ciudadanos por los poderes públicos, incluidos los tribunales ordinarios. Esta aplicabilidad directa se deriva del carácter normativo del conjunto de artículos que componen la Constitución. A modo de resumen de la doctrina más autorizada se exponen los siguientes puntos:

[84] La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, pp. 36129-36146) introdujo esta posibilidad o beneficio para el conviviente del arrendatario fallecido después de que la citada STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, declarase inconstitucional el artículo 58.1 de la anterior LAU (Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), por exceptuar a estos sujetos de su ámbito de aplicación personal y, en consecuencia, vulnerar el artículo 14 CE.

[85] Un sector doctrinal ha manifestado que el reconocimiento expreso a matrimonio por el artículo 32 CE le hace tener una "cualificación constitucional" que no tiene la unión de hecho, que no cabe duda de que se trata de dos realidades diferentes a ojos de la CE y que, mientras que el matrimonio constituye una "institución social garantizada" constitucionalmente y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional, de la unión de hecho no se puede decir lo mismo. Este argumento se apoya, asimismo, en la conocida STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 - VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. "Lección 2.ª. Familias matrimoniales y no matrimoniales", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia… op. cit.*, pp. 32-33-.

1- La Constitución española es una norma jurídica y, además, la norma jurídica fundamental[86].

2- Ser la norma jurídica fundamental tiene un doble sentido: material -sus preceptos gozan de aplicación directa- y formal -al ser la norma superior en rango, el resto del ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme a los valores constitucionales, que son valores superiores-. Se deriva que todos, menos los principios contenidos en el Capítulo III -entre los que se encuentra el art. 39 CE- pueden -y deben- ser directamente aplicados por los tribunales ordinarios (cfr. art. 53.3 CE). En los supuestos de difícil aplicación directa, sólo serán aplicables aquellas cuestiones específicas si una ley las desarrolla y, en todo caso, la Constitución será "fuente de interpretación del resto del ordenamiento jurídico"[87]. No obstante, es innegable la afirmación sobre el carácter normativo y, por tanto, directamente aplicable por los tribunales ordinarios de todos y cada uno de los preceptos constitucionales, con base en los arts. 1.1 y 9.1 CE, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia del TC y recogido en el artículo 5.1 de la LOPJ[88]. Lo único que podría

[86] Esta afirmación, que parece una obviedad, no es tal, puesto que la Constitución española de 1978 ha sido la primera de nuestra historia en gozar de este carácter. La tradición hasta entonces era que los preceptos constitucionales tuvieran naturaleza meramente programática. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Los fundamentos constitucionales del Estado", *op. cit.*, pp. 12-13; ID. "El valor normativo de la Constitución Española", *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, p. 36; ID. "La Constitución como norma jurídica", *Anuario de derecho civil*, vol. 32, n° 2-3, 1979, p. 292.

[87] GARRIDO FALLA, F. "La Constitución como norma jurídica", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 68, 1991, p. 187.

[88] *Vid*. STC 4/1981 (Pleno), de 2 de febrero de 1981, ECLI:ES:TC:1981:4 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981) y STC 16/1982 (Sala Segunda), de 28 de abril de 1982, ECLI:ES:TC:1982:16 (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982). Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Los fundamentos constitucionales del Estado", *op. cit.*, p. 13. También en este sentido, ID. "La Constitución como norma jurídica", *op. cit.*, p. 308. Los razonamientos ofrecidos por el profesor han sido, asimismo, acogidos por FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I… op. cit.*, pp. 128-140. Esta postura es compartida, asimismo, por PRIETO SANCHÍS, L. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *op cit.*, p. 451. Este último autor sostiene que, entre los modos de protección de los derechos constitucionales, se encuentra la vía jurisdiccional ordinaria, como más elemental, y luego están las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad. En contra, sin embargo, de la alegación directa de cualquiera de ellos ante los tribunales ordinarios de los principios rectores de la política social y económica, entre otros artículos de la Constitución, GARRIDO FALLA, F. "La Constitución como norma jurídica", *op. cit.*, p. 187-188; ID. "El artículo 53 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 21, 1979, p. 178. No obstante, estas afirmaciones devienen improcedentes si se tiene en cuenta que el artículo 39 CE alude a, entre otras cuestiones, el principio de igualdad de los hijos o el deber de los progenitores a prestarles asistencia de todo tipo, ambas con independencia de su filiación, lo cual debe ponerse en relación con el artículo 14 CE. En otras palabras, todos los poderes públicos deben estar sometidos por el principio de igualdad en la protección de los hijos, entre otras cuestiones contenidas en el artículo 39 CE. En este sentido, FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I… op. cit.*, pp. 213-214. No obstante, sirva como ejemplo de los casos en no es posible la

hacer pensar lo contrario es el último inciso del artículo 53.3 CE[89], cuya redacción ha sido objeto de críticas, mas se ha mantenido que una interpretación literal del mismo supondría una contradicción con la primera parte del precepto -"informarán la práctica judicial"-, con apoyo, asimismo, en los artículos 161.1, a), 163 y 164 CE, de los que se extrae que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes se pueden basar en la conculcación de cualquier artículo constitucional; si bien, aunque cada uno de los artículos de la Norma Fundamental constituye una norma jurídica verdadera, no todos ellos tienen la misma relevancia normativa [90].

3- Además de ser directamente aplicables, como se ha afirmado, la interpretación de todo el ordenamiento jurídico debe hacerse conforme a los valores constitucionales, que son valores abiertos, y para su aplicación los jueces y tribunales deben utilizar la técnica jurídica no positivista por la "necesidad de funcionalizar la Ley hacia la Justicia". No son meros principios sin valor normativo, sino que son el fundamento sobre el que se apoya el ordenamiento jurídico, de ahí que informen su interpretación. Entre estos valores superiores que guían la exégesis de las normas inferiores a la Constitución, pero con una significación menor que otros, se encuentran los reconocidos en el Capítulo III -entre ellos, el art. 39 CE-[91].

---

aplicación directa la investigación de la paternidad, pues necesita de una ley de desarrollo para gozar de aplicabilidad.

[89] Cierto sector de la doctrina civilista afirma que, aunque en virtud de este artículo 53.3 CE el artículo 39 CE carecería de fuerza directa y habría que esperar a su desarrollo por el legislador, en materia de familia entran en juego otros derechos y principios constitucionales -como el principio de igualdad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad- que, de entenderse perjudicados por la inacción de aquél, legitimarían a sus titulares para reclamar la actuación del legislador. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 2424-242; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, pp. 425-426.

[90] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La Constitución como norma jurídica", *op. cit.*, pp. 312-313.

[91] Todo ello se extrae de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n° 10, 1984, pp. 15, 18 y 22, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La Constitución como norma jurídica", *op. cit.*, pp. 329-330.

3. INTERÉS FAMILIAR Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Se ha sostenido que todo "sistema familiar" se apoya en la observancia de los derechos fundamentales de sus miembros y que estos derechos han suprimido el concepto jurídico tradicional de familia[92]. Entre esos derechos fundamentales destacan, por su importancia en la evolución del actual derecho de familia, la igualdad y la libertad -y muy particularmente el libre desarrollo de la personalidad-[93].

Este tercer pilar es, tal vez, el más intrincado. Para su desarrollo y comprensión es clave referirse, con carácter previo, a los artículos 9.2.º y 10.1.º de la Constitución[94].

Los poderes públicos vienen obligados a favorecer la consecución de la libertad y de la igualdad de los grupos en los que integra la persona, así como eliminar las trabas a la misma (cfr. art. 9.2.º CE). La familia resulta ser un grupo idóneo para el desarrollo de la personalidad de los individuos que la componen en el que los cónyuges se encuentran en un plano de igualdad. Sobre la transcendencia del artículo 10 CE se debe mencionar la jurisprudencia constitucional, que ha recalcado su ubicación a la cabeza del Titulo I de la Constitución, que versa sobre los derechos y deberes fundamentales, por cuanto significa que este artículo es un punto de arranque del sistema "como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos"[95].

Desde el comienzo debe quedar claro que la familia no es un grupo con personalidad jurídica[96], ni es parte de la estructura del Estado[97]. La familia es un

---

[92] ROCA I TRÍAS, E. "Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del derecho de familia en Europa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001, nº 4, p. 41.

[93] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. ''Reflexiones sobre el Derecho de familia'', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 2, 2007, p. 78.

[94] Reza el artículo 9.2.º CE: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Por su parte, expresa el artículo 10.1.º CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[95] STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, citada, FJ 3.º.

[96] FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I... op. cit.*, p. 231; ROCA I TRIAS, E. *Libertad y familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 61; asimismo, ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, vol. 43, nº 4,

grupo al servicio de la realización de los derechos fundamentales de los individuos que la integran, tarea distribuida entre el propio grupo familiar y el Estado. Es lo que se conoce como "sistema mixto" de atención a los ciudadanos[98].

Para explicar este sistema mixto que se erige tras la promulgación de la Constitución española de 1978, cierta doctrina ha puesto de relieve, en repetidas ocasiones, tres postulados desde los que debe partirse: que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho (cfr. art. 1 CE), que los poderes públicos deben prestar asistencia de todo tipo a la familia (cfr. art. 39 CE) y "que el sistema está basado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos"[99].

---

p. 1067; ROCA I TRÍAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia…, op. cit.,* p. 21; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La familia y el parentesco", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Cálamo, 2005, pp. 12-13; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Familia y las relaciones de convivencia", *op. cit.*, p. 23; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Família y famílies", *op. cit.*, p. 17; en la doctrina italiana, *vid. v. gr.*, BIANCA, C.M. *Diritto Civile. 2.1: La famiglia* (5. ed.), *op. cit*., pp. 7-8, o AULETTA, T. *Diritto di famiglia*, *op. cit.,* p. 7, que ha expresado que la familia no tiene "*propria soggettività giuridica* né autonomía", distinta de la de los miembros que la componen.

[97] ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.,* p. 1067.

[98] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 128. Destaca la autora "que en el origen de la formulación del Estado social está la familia", y no sólo por ser la receptora de las políticas públicas, sino, sobre todo, por la función de auxilio que desempeña, al ocuparse de las necesidades de las personas, tarea que resulta esencial para el mantenimiento de ese Estado social que se erige, dado que la familia interviene primero y el Estado lo hace de modo subsidiario. De este modo, se ha expuesto que la función del Estado no excluye la de la familia y viceversa, sin perjuicio del principio de subsidiariedad de la obligación del Estado. El mismo juega, por ejemplo, en materia de alimentos, donde la obligación alimenticia de los privados para con una persona en situación legal de recibirlos -necesidad- ha de ir por delante de la que corresponde a los poderes públicos, no obstante su carácter complementario. Esta supletoriedad trae causa en la imposibilidad para el Estado de cubrir las necesidades básicas de todos. De ello quedan excepcionados los mínimos de la legislación administrativa y los que tengan su razón de ser en las pensiones contributivas. *Vid*. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Alimentos", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 34; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Obligació d'aliments", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 24. Entiendo que ello significa que primero han de solicitarse los alimentos a los privados y, en caso de que su cobertura no sea posible -de ahí el carácter subsidiario- o suficiente -de ahí la complementariedad-, los poderes públicos deben hacerse cargo. También, sobre el sistema mixto, ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 33; asimismo, ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1056; ROCA I TRÍAS, E. "Globalización y derecho de familia… *op. cit.*, p. 25.

[99] En cuanto al primer postulado, *vid*. ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 66; ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1056; para el segundo, HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de G. Hernández. Col. Ariel Derecho Barcelona, 1987, pp. 131-132, cit. en ROCA I TRÍAS, E., "Familia, familias y

De ese modo, la intervención del Estado no supone una intromisión en los intereses particulares de los componentes de la familia. Algunos autores opinan que, más que injerir, el Estado colabora en la realización de esos intereses y, además, lo hace en sincronía con el propio grupo familiar, de ahí que se denomine sistema mixto, pues ambos sectores -público y privado- vienen obligados a trabajar de la mano para la consecución de aquellos intereses particulares que, como se ha podido ver, son un sólido componente público[100].

En cuanto a las formas que tiene el Estado de proteger a la familia, se ha sostenido que se pueden agrupar en torno a dos categorías: la protección directa -mediante prestaciones educativas, sanitarias, entre otras- y la protección indirecta -facilita que esta función se cumpla en el seno de la familia, como ocurre con el régimen jurídico garantizado en la LAU-[101].

Lo que está claro es que los poderes públicos no se pueden limitar a permitir y a regular los distintos modelos familiares, ya sea en el ámbito civil o en otros como el tributario o de la Seguridad Social, sino que deben asegurar la conservación de la familia como grupo en el que se integran los individuos como una exigencia del Estado social, en atención a una interpretación conjunta de los artículos 39 y 9.2.º CE[102].

Por otro lado, se debe hacer alusión al concepto de "interés familiar", a propósito del deber conyugal de actuar en interés de la familia (cfr. art. 67 CC). Algunos autores han señalado que, tal vez, ésta no sea una expresión muy acertada, pues aparenta afirmar la existencia de un interés diferente y por encima del interés

---

derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1056, y en lo que atañe al tercer postulado, *vid*. ROCA I TRIAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*…, *op. cit*., p. 19; también, ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 67.

[100] *Vid*. ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 66. y ROCA I TRIAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia…, op. cit.,* p. 19; en la misma línea, ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit*., p. 68. También, ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *op. cit.,* p. 211.

[101] En este sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista jurídica de Catalunya,* vol. 95, nº 4, 1996, p. 950.

[102] *Vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia", en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo 3 (Derechos reales. Derecho de familia), Civitas, 2003, pp. 5006-5007.

particular de cada uno de los componentes de la familia[103], o en contraposición a éstos[104], cuando lo cierto es que los intereses que se materializan en el seno de la familia son los propios de los sujetos que la componen[105]. Muy al contrario, se puede sostener que la familia es un instrumento al servicio del desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos que la forman, en cumplimiento del artículo 10.1.º CE[106], en relación con el artículo 9.2.º CE. La familia, como grupo en que se

---

[103] DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil… op. cit.*, p. 91. A favor, OSSORIO SERRANO, J.M. "Capítulo 5. Efectos del matrimonio", en AA.VV. Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de derecho civil IV… op. cit.*, p. 87; ROCA I TRÍAS, E., "Globalización y derecho de familia… *op.cit.*, p. 26, que afirma que "No existe este interés sino en tanto que se refiera al de los individuos que componen el grupo."; en la misma línea, AULETTA, T. *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 7. También ha sido realizada esta interpretación por otro sector doctrinal, en relación al artículo 231-2.1 CCCat., que establece el mismo deber conyugal que el artículo 67 CC. Sostiene que la expresión manifiesta claramente un interés familiar diferenciado -pero no necesariamente distinto, pues lo normal es que se corresponda- del de sus miembros considerados individualmente -a pesar de que la familia "en sí misma no sea un ente susceptible de tener intereses- y entiende que ello significa, principalmente, que los cónyuges pueden ocuparse de ver satisfechos sus propios intereses siempre que ello no perjudique al interés de la familia -es un principio que opera dentro de la familia, pero no fuera, ya que los cónyuges no tienen la obligación de conducir todas sus actuaciones al interés de la familia y, de hecho, la mayor parte de sus actos no tendrán repercusión alguna en la familia-. *Vid*. YSÁS SOLANES, M. "Efectos del matrimonio", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit*., p. 148; YSÁS SOLANES, M. "Efectos del matrimonio", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit*., pp. 168-169; SOLÉ RESINA, J. "El matrimoni (III): efectes", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 102. Quizá, para comprender mejor esta idea, sea de ayuda una definición de familia ofrecida por Carbonnier: la familia no es un ente diferenciado de sus miembros. La familia es, "en cada uno de sus miembros, la parte de la personalidad que está familiarizada" -CARBONNIER, J. *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, *op. cit.*, p. 188-.

[104] En contra, un sector de la doctrina asevera, con apoyo en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, que tal antinomia no se da. En este sentido, ROCA I TRIAS E., *Libertad y familia*, *op. cit.*, p. 61.

[105] *Vid.* BIANCA, C.M. *Diritto Civile. 2.1: La famiglia* (5. ed.), *op. cit.*, p. 7. Algunos autores señalan que el interés familiar se corresponde con la suma de los intereses comunes de sus miembros, y porque atañe a todos ellos se le dota de una tutela especial -SERNA MEROÑO, E. "La violencia familiar", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, *op. cit.*, p. 2287-. En contra, BLASCO GASCÓ, F. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 105, que sostiene que el interés familiar no tiene por qué equivaler a la suma de los intereses de cada uno de los individuos.

[106] ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, p. 80; ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1072. Sobre la naturaleza instrumental de la familia *vid.* también PERLINGIERI, P. "Sui rapporti personali nella famiglia", ID. "Sulla famiglia come formazione sociale" e ID "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en PERLINGIERI, P. *Rapporti personali nella famiglia (Quaderni della Rasegna di diritto civile)*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1982, pp. 13-78 e ID., PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *op. cit.*, pp. 473-483 y 493; también en este sentido, RUSCELLO, F. "Introduzione", en G. CASTELLANI, A. CORDIANO (Dirs.), *La famiglia nella società*

incorpora el individuo, sirve a la realización de sus derechos fundamentales y del libre desarrollo de su personalidad, lo que conlleva a su protección por el Estado de un modo especial[107].

No obstante, en ocasiones, es posible encontrar cierto conflicto entre el interés familiar y uno o varios intereses particulares de los sujetos que integran el grupo. Precisamente, la *ratio* de este interés familiar se aprecia en estos casos con mayor fuerza que en ningún otro: así, se ha sostenido que en los supuestos de colisión entre ambos intereses prima el interés particular sólo en tanto persiga la consecución de un derecho fundamental. En otro caso, se impone el interés familiar, no por proteger al grupo como tal, sino por cuanto ese interés está al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales de los miembros de la familia -naturaleza instrumental de la institución familiar-. Como no todos los intereses particulares atañen al desempeño de un derecho fundamental, en estos casos el interés particular no puede vencer[108].

En resumen, el llamado interés familiar y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de sus miembros no sólo no son incompatibles, sino que se complementan. En esta línea, se entiende que, en la conquista de los derechos fundamentales de la persona a través del libre desarrollo de su personalidad, corresponde al cónyuge contribuir, en función de los deberes conyugales de los

---

contemporánea, *op. cit.*, p. 23. Este autor refiere que la familia va perdiendo su carácter de "valor absoluto" para convertirse en "valor instrumental" para el desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros.

[107] No quiere ello decir que no exista un interés familiar, ni ha de tomarse esta afirmación como si el fin de la institución familiar consistiera en satisfacer intereses egoístas de cada uno de sus miembros y totalmente extraños a la familia. Se ha afirmado previamente que los intereses de la familia no son otra cosa que los propios de cada uno de sus miembros -puesto que la familia no es un ente con personalidad jurídica e intereses propios, ajenos a los de sus miembros- y que la consecución de esos intereses particulares -o el libre desarrollo de su personalidad (como quiera apreciarse)- conciernen indiscutiblemente a la familia como grupo en el que se integran las personas. En mi opinión, el error está en apreciar la familia y a sus miembros por separado, cuando la familia no significa nada sin cada uno de sus miembros; éstos no pueden alcanzar el libre desarrollo de su personalidad de forma autónoma, sin contribuir con los intereses de los demás o sin ver patrocinados los suyos en el seno de la familia.

[108] De lo contrario, es decir, si se antepusiera al interés familiar un interés particular cualquiera, o basado en la decisión injustificada de uno de sus componentes, no se protegería realmente a la familia. *Vid*. ROCA I TRIAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*…, *op. cit*., p. 21; ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, pp. 70 y 76; ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1069; ROCA I TRÍAS, E. "Globalización y derecho de familia*… op. cit.*, p. 26; ROCA I TRÍAS, E. "Constitució i família", *op. cit*., pp. 295-296; ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *op. cit.*, p. 211.

artículos 67 y 68 CC -ayuda y socorro mutuos-, que deben entenderse en un sentido amplio[109].

Por supuesto, el Estado tiene un interés particular en la protección de la familia, pues, como se ha sostenido, los derechos fundamentales desempeñan una función social y sus límites obedecen tanto a intereses privados como públicos. En concreto, existe un interés público tanto en la preservación del sistema familiar en su conjunto como en la tutela de cada familia en particular[110].

Por todo ello, la cláusula del interés familiar es "perfectamente efectiva", pues se trata de encontrar un punto adecuado entre dos límites indeseables: el de favorecer desmesuradamente a la familia como grupo y el "individualismo"[111]. Esta solución del sistema tiene lugar a través de la fiscalización por parte del juez de ciertos asuntos familiares[112]. *V. gr.*, cuando los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre la custodia de un hijo menor de edad, es el juez quien debe tomar una decisión, siempre en interés del menor, para evitar que la decisión arbitraria de cualquiera de ellos se imponga sobre la del otro. En otro caso, el principio de igualdad de los cónyuges (cfr. art. 14 y, más específicamente, art. 32 CE) se vería vulnerado[113], así

---

[109] DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil… op. cit.*, p. 90.

[110] HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, *op. cit.*, pp. 23, 25 y 30.

[111] ROCA I TRIAS, E. "Lección 1.ª. Familia y derecho de familia", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*…, *op. cit*., p. 21; ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *op. cit.*, p. 208. Asimismo, advierte sobre los peligros de un individualismo exacerbado CORRAL TALCIANI, H. "¿Del derecho de familia a un derecho de las familias?... *op. cit.*, p. 67. El autor incide en la necesidad de conciliar los derechos particulares y el interés de la familia como interés general.

[112] En este sentido, se ha sostenido que la labor del juez no es entrometerse en la intimidad del grupo familiar, sino controlar, de un modo imparcial, que un conflicto entre las partes no ponga en riesgo el interés familiar -por cuanto éste no es un criterio categórico, sino que tiene su límite en la salvaguarda de los intereses fundamentales de cada uno de sus miembros como persona-. De este modo, la autoridad judicial se erige en defensor de los intereses de cada uno de los miembros de la familia, pero, sobre todo, del interés de los menores. Así, REVERTE NAVARRO, A. *Intervención judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil)*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, pp. 28-29.

[113] Algunos autores han sostenido que el criterio del interés de la familia que habrá de considerar el juez se verá informado por el principio de igualdad, lo que no quiere decir que éste sea prevalente al principio de protección de la familia -art. 39 CE-, sino que, para que este último se formalice, se ha de tener en cuenta el otro. En otras palabras, el de igualdad es principio rector -en cuanto a las relaciones horizontales en la familia-. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Artículo 66", en AMORÓS GUARDIOLA, M. ET AL., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 318 y "Artículo 67", en ID., p. 329; RICCIO, G.M. "Famiglia e responsabilità civile", en AUTORINO STANZIONE, G. (Dir.), *Il diritto di famiglia nella dottrina e*

como, muy seguramente, el interés superior del menor, principio que debe regir todo proceso en que esté implicado un menor de edad.

Es por esta intervención de los poderes públicos que se ha puesto de manifiesto una supuesta confrontación entre aquélla y la autonomía de la voluntad en el derecho de familia (cfr. arts. 9.1 y 53.3 CE). Algunos autores perciben una carencia de oposición; precisamente, la actuación de los poderes públicos -que, además, sólo va a ser la justa, pero necesaria- se da a modo de impedir actuaciones arbitrarias por parte de alguno de los individuos que conforman el grupo familiar[114]. En definitiva, el control del Estado -en este caso, a través del juez- sólo está justificado en la medida que se pueda vulnerar un derecho fundamental[115].

---

nella giurisprudenza: vol. I. Il matrimonio. I rapporti personali, Giappichelli, Torino, 2005, p. 386. Se debe recordar que, para las relaciones verticales, el principio rector no puede ser el de igualdad porque los implicados no se encuentran en un mismo plano, y de ahí que se rijan por el principio del interés superior del menor. El menor se encuentra en una posición más vulnerable por no poder defender sus intereses por sí mismo o, simplemente, porque la relación parentofilial no es una relación en un plano de igualdad como la relación conyugal. En estos casos, el interés de los menores se antepone en pro de proteger a los sujetos más débiles de la familia. En esta línea, SASSI, A., SCAGLIONE, F., STEFANELLI, S. *Le Persone e la Famiglia 4. La Filiazione e i Minori*, Assago, Utet Giuridica, 2015, p. 40. No obstante, parece razonable entender que el interés del menor, por muy superior que sea, tiene unos límites, como cualquier derecho, deber o principio jurídico, y esos límites podrían hallarse en la no conculcación de los derechos garantizados en los artículos 14 y de la Sección 1.ª (15-29) del Capítulo Segundo de la Constitución en pro de cualquier otro derecho del menor de inferior categoría. En este sentido, por ejemplo, se ha puesto de manifiesto el sentir social de la custodia compartida como mejor medio para conjugar el interés del menor -por cuanto tiene derecho a cohabitar con sus progenitores- y la igualdad entre los progenitores. BARCELÓ DOMENECH, J. "El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares ", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, 2015, p. 793.

[114] *Vid*. ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1091; ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *op. cit.*, p. 213; ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit.*, pp. 62-63 y 81, donde la autora pone de manifiesto que la mínima intervención del Estado tiene su razón de ser en que la coactividad de su intervención suele representar más inconvenientes que ventajas; ROCA I TRIAS, E. *Libertad y familia*, *op. cit.*, p. 83.

[115] Autorizada doctrina italiana ha señalado la obligación del Estado de eliminar las circunstancias externas e internas que interfieran en la familia en el sentido de que los individuos que la integran no pueden desarrollar su personalidad si no es en ella. Así, PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *op. cit.*, p. 479. Este deber de los poderes públicos lo establece, como se sabe, el artículo 9.2.º CE en el ordenamiento jurídico español.

II. PLURALIDAD DE MODELOS FAMILIARES

Un sector de la doctrina ha observado que la familia es la sucesión de generaciones diversas[116], lo que recuerda que la evolución del fenómeno familiar es un proceso natural.

En el campo de la antropología social, se han constatado como principales causas de la evolución del fenómeno de la familia circunstancias demográficas, como el incremento de los divorcios o el decrecimiento del número de matrimonios frente al aumento de parejas que conviven sin casarse; económicas, como el reingreso de la mujer al trabajo[117]; culturales, como la asimilación por la sociedad y la plasmación legal de principios como la tolerancia o la igualdad de las personas, o tecnológicas, como el recurso a técnicas de reproducción asistida[118]. Algunos autores han puesto de manifiesto, además, el gran peso que el fenómeno de la globalización y, con ella, el del multiculturalismo, han tenido sobre la transformación de los modelos familiares[119].

En el ámbito jurídico se debe recordar que, en razón del segundo pilar sobre el que descansa la estructura del modelo familiar constitucional -el modelo plural de familia-, también se ha visto favorecido el aumento en número de las diversas tipologías familiares. No obstante, si bien ha sido fundamental para ese crecimiento, no es la única causa. Así, se deben evocar las múltiples reformas en materia de

[116] DÍEZ PICAZO, L. "Derecho de familia y sociedad democrática", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, nº 702, 2004, p. 318. En esta línea, también se ha señalado la reproducción como una de las funciones de la familia en la sociedad, "no sólo en términos demográficos, sino también en los valores sociales imperantes, marcando su evolución". Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 50.

[117] Un sector de la doctrina jurídica italiana añade que el acceso de la mujer al mercado laboral en condiciones equivalentes a las del hombre, derivado del desarrollo económico, ha supuesto el cambio tanto de las relaciones económicas como de las relaciones familiares, y nombra, entre las consecuencias del cambio de las segundas, la relajación de los vínculos familiares, la liberación de la mujer con respecto al hombre o la adquisición de la autonomía económica para la mujer. *Vid*. ZAMBRANO, V., "La tutela della donna tra scelte politiche e principio di non discriminazione", en CRESPO GARRIDO, M., MORETON SANZ, M.F. (Dirs.), *El futuro de las políticas sociales desde el nacimiento hasta la senectud: la mujer como protagonista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 293-294.

[118] RIVAS RIVAS, A.M.ª "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", *Cuadernos de relaciones laborales*, 2008, vol. 26, nº 1, p. 180.

[119] MESSINETTI, D. "Diritti della famiglia e identità della persona", *Rivista di diritto civile*, vol. 51, nº 2, 2005, p. 143; CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 5.

derecho de familia, entre las que son particularmente importantes las acaecidas en los años 1981 y 2005[120]. De hecho, estas reformas eran imprescindibles. El derecho de familia recogido en el texto primitivo del Código Civil las precisaba de manera profunda e inminente, dado que las estructuras familiares para las que fue configurado habían sufrido una importante transformación[121]-.

Se podría pensar que las reformas en derecho de familia tienen su causa en la idea del legislador de querer acompasar derecho con sociedad. Sin embargo, no se debe ignorar la actividad de las mujeres como promotoras de una lucha que ha posibilitado las reformas en materia de familia, especialmente a partir de la segunda mitad del s. XX. La sociología y la antropología, entre otras disciplinas, proporcionan datos esenciales sobre este hecho al estudio de la familia. Son las corrientes del "feminismo de la igualdad" y del "feminismo de la diferencia" productoras de las reformas en materia de parejas de hecho y registradas operadas en las últimas décadas. También lo son de la aceptación de parejas homosexuales como uniones de hecho y registradas, antes de alcanzar la libertad matrimonial, pues los colectivos homosexuales son, y así se consideran, continuadores del pensamiento feminista[122].

---

[120] Un sector de la doctrina sostiene que la reforma de 1981 supuso una "nueva consideración en la posición jurídica de la mujer", ya que entrañó la igualdad total entre ésta y el hombre, sin atender a su estado civil. No obstante, esa igualdad es jurídica y en el sector a que se refiere, pues en otros ámbitos jurídicos y sociales se precisa el arraigo de ese principio. VALLÉS AMORES, M.L. "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia", *Feminismo/s*, núm. 8, 2006, pp. 125 y 128. Se trata de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio -BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, pp. 16457 a 16462- y la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio -BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, pp. 10725 a 10735-.

[121] Denominación usada por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., ARANA DE LA FUENTE, I. *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 17 y ss. En esta línea, se han señalado como causas esenciales del profundo cambio sufrido por el derecho de familia en las últimas décadas tanto el contenido original del Código Civil -por los principios imperantes en el momento de su redacción, que han quedado absolutamente desfasados- como la promulgación de la Constitución española de 1978 -garante de principios enteramente opuestos a los erigidos en 1889-. Así, VALLÉS AMORES, M.L. "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia", *op. cit.*, p. 116. La constante transformación del derecho de familia, como es de imaginar por la naturaleza de las relaciones que regula, es una circunstancia común a todos los Estados del entorno. Así, sobre el caso italiano, AULETTA, T. *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 2. También en este sentido, la autora británica BURTON, F. *Family Law*, *op. cit.*, p. 4.

[122] Todas estas afirmaciones se extraen de lo expuesto en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. ''Reflexiones sobre el Derecho de familia'', *op. cit.*, p. 89; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, pp. 176-180; VALPUESTA

Con base en todo lo expuesto hasta ahora se puede afirmar que sociedad y derecho se nutren mutuamente, es decir, la una acarrea cambios en el otro y viceversa. Por un lado, las transformaciones sociales -como son las experimentadas por la familia- originan más tarde o más temprano cambios legislativos[123]. Por otro lado, esos cambios en la ley favorecen la evolución de la sociedad a la que regula.

Por consiguiente, los modelos familiares han evolucionado enormemente desde la promulgación de la Constitución y las trascendentales reformas legislativas en materia de familia. La actual diferencia entre los conceptos matrimonio, reproducción y filiación, la igualdad de la mujer respecto del hombre, así como el progreso tecnológico y normativo favorecen la aparición de los diversos modelos familiares[124], hasta el punto que se ha mantenido que sería más correcto referirse a "familias" en plural en lugar de a la familia "como institución universal y única"[125].

Un sector doctrinal de la sociología ha sostenido que, si bien son muchos los trabajos que se han referido a la "crisis de la familia" y la han identificado con el surgimiento de nuevos modelos familiares, estos trabajos se centran en realidad en la familia nuclear -y, en muchos casos, únicamente en la familia nuclear tradicional-[126].

FERNÁNDEZ, R. ''Otras miradas a la familia: Las familias y sus funciones''…, *op cit.*, pp. 4921-4922, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. "El impulso de las mujeres en la transformación del Derecho de familia", en Dirs. M.P. GARCÍA RUBIO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Coords. L. LÓPEZ DE LA CRUZ, M. OTERO CRESPO, *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 404-405.

[123] Bien porque exista un vacío legal, bien porque, como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, en ocasiones tienen lugar conductas individuales que no se ajustan al derecho vigente. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 15.

[124] TAMAYO HAYA, S. "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia", en Dirs. M.P. GARCÍA RUBIO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Coords. L. LÓPEZ DE LA CRUZ, M. OTERO CRESPO, *El levantamiento del velo…, op. cit.*, pp. 780-781.

[125] DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, Tomo I), op. cit.*, p. 22.

[126] En este sentido, IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", *op. cit.*, p. 27. Esta circunstancia también ha sido puesta de manifiesto por un sector de la doctrina jurídica, al afirmar que quienes reducen la transformación de la familia a una situación de crisis sólo observan a la misma desde una concreta perspectiva histórica, la de la codificación, y con ello se olvidan de que la familia siempre ha sido un fenómeno complejo. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, op. cit.*, p. 2417.

El modelo tradicional de familia lo constituía el matrimonio entre heterosexuales con hijos comunes -un modelo de familia nuclear, pero no el único-[127]. Se pueden enumerar los modelos habituales, hoy día, en la sociedad española, mas no existe una lista cerrada sobre las formas que tienen los individuos de organizarse para la vida en común.

Los modelos familiares se pueden clasificar con base en múltiples condiciones: es posible la formación de parejas matrimoniales y no matrimoniales -uniones de hecho *more uxorio*-; parejas homosexuales o heterosexuales; parejas con hijos comunes y/o con hijos habidos en una anterior unión, y madres solteras y padres solteros.

Estos modelos familiares, sin embargo y como recuerda cierto sector de la doctrina, no son los únicos que pueden hallarse en la sociedad española, pues los movimientos migratorios pueden acarrear que se vean modelos familiares distintos, normalmente opuestos al orden público español, como la poligamia[128].

Se debe recordar, además, que la anterior clasificación no implica que cada individuo se encuadre dentro de una categoría de una vez y para siempre, sino que puede cambiar -o evolucionar- de una a otra a lo largo de su vida.

En España se registran en 2019 un total de 18.625.700 hogares de los cuales 2.009.100 los forma una persona sola de sesenta y cinco años o más, 2.784.500 una persona sola menor de sesenta y cinco años, 3.937.200 una pareja sin hijos, 6.219.000 una pareja con hijos y 1.887.500 los constituye una madre o un padre con hijos[129]. De ese total de hogares se estima que, en el año 2016, 4.611.129 estarían formados por una sola persona, 5.617.423 por dos personas, 3.857.493 por tres personas, 3.242.387 por cuatro personas y 1.050.259 por cinco o más personas[130].

---

[127] Por ejemplo, un matrimonio entre personas del mismo sexo con hijos o una unión de hecho -hetero u homosexual- con hijos también representan un modelo de familia nuclear, de ahí la compatibilidad entre el modelo de familia nuclear y el sistema plural.

[128] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones"… *op. cit*., pp. 4931-4932.

[129] Datos del INE referentes al año 2019, derivados de la Encuesta continua de hogares y publicados el 2 de abril de 2020, consultado en https://www.ine.es/prensa/ech_2019.pdf el 24/07/2020.

[130] Datos con referencia 1/11/2011 para los años 2016-2031, procedentes de los Censos de Población y Viviendas que realiza el INE cada diez años, publicados el 20 de octubre de 2016.

Del mismo modo que ha indicado un sector de la doctrina sociológica con relación a la expresión "familias incompletas", parece que no es conforme a la realidad social actual referirse a los modelos familiares que no se corresponden con la familia nuclear -tal y como era entendida hasta hace unas décadas- como familias desestructuradas[131]. Se ha sostenido que las relaciones familiares de hecho no son mutaciones empeoradas de la familia jurídicamente formalizada, sino que se trata de una "situación de hecho originaria"[132], es decir, que la diferencia entre éstas y otras familias es simplemente que las de hecho prescinden del derecho en el momento de su constitución.

A continuación, se analiza cada uno de los modelos típicos de familia en la sociedad española, clasificados en dos categorías: la familia matrimonial y la familia no matrimonial.

1. FAMILIAS CONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DEL MATRIMONIO

Como señala cierto sector de la doctrina, el matrimonio sigue revistiendo una especial significación social y económica en España y el ordenamiento jurídico le tiene dispensado un papel privilegiado en la organización de las relaciones entre los individuos[133]. Dada la importancia jurídica del matrimonio, ha sido el criterio elegido para realizar la presente clasificación de los modelos familiares.

---

[131] En este sentido, un sector de la doctrina sociológica, frente a quienes consideran que la familia nuclear deba identificarse con la perfección. Así, DURÁN HERAS, M.A. "Hogares y familias: dos conceptos en busca de definición", *op. cit.*, p. 14. Lo que ocurre es que, tras la generalización del modelo de familia nuclear como el prototípico, ha venido suponiendo un problema cuando su estructura sobreviene inconclusa. En este sentido, IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", *op. cit.*, p. 25. En el concreto caso de las familias monoparentales, se evidencia que su calificación en ocasiones como de "familia incompleta", "hogar roto" o "familia desestructurada", entre otras expresiones utilizadas, pretendían subrayar la falta de progenitor masculino como circunstancia negativa. Así, [131] AVILÉS HERNÁNDEZ, M. "Origen del concepto de monoparentalidad: un ejercicio de contextualización sociohistórica", *Papers: revista de sociología*, vol. 98, nº 2, 2013, p. 269.

[132] FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I… op. cit.*, p. 101.

[133] MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J. "Family forms and parenthood in Spain", en BÜCHLER A., KELLER H. *Family forms and parenthood: theory and practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 409. En sentido similar, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", *op. cit.*, p. 2439. También en la doctrina italiana ha sido puesto de manifiesto que, si bien el matrimonio no puede seguir siendo el epicentro de la idea de familia, es cierto que el mismo aún es hoy uno de los principales factores en la

En el primer semestre de 2019 la nupcialidad decayó en España un 1,2% respecto al mismo período de 2018. La edad media para contraer el primer matrimonio va en aumento cada año. En 2019 fue de 38,7 años para los hombres y 35,9 años para las mujeres. En el año 2019 se celebraron en España un total de 165.578 matrimonios, de los cuales 160.470 fueron entre personas de distinto sexo y 5.108 entre personas del mismo sexo[134]. Se observa un decrecimiento del número de matrimonios con respecto a la subida continua que experimentó entre los años 2013-2016.

1.1. Familias derivadas del matrimonio entre personas de distinto sexo

Este modelo familiar está integrado por una pareja heterosexual casada, con o sin hijos comunes[135].

La familia matrimonial heterosexual es la familia más ampliamente aceptada en prácticamente todos los países del mundo, tanto por la sociedad como por el derecho. Era la familia tradicional y legalmente reconocida en España hasta la transición. Las uniones homosexuales estaban prohibidas; las uniones de hecho heterosexuales y la maternidad en solitario estaban mal vistas por la sociedad y el sistema, y las familias reconstituidas sólo era posibles si uno de los cónyuges con hijos enviudaba y se volvía a casar con otra persona viuda o soltera.

No obstante, como ha recordado un destacado sector de la sociología alemana, lo que se entiende por familia tradicional no estaba presente en el origen de la historia humana[136].

---

organización de la sociedad, y prueba de ello son las reivindicaciones para el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo. En este sentido, ZAMBRANO, V., "National Report: Italy", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 19, n.º 1, 2012, p. 249.

[134] Datos provisionales del INE sobre el Movimiento Natural de la Población (Nacimientos, Defunciones y Matrimonios), publicados el 3 de junio de 2020 y consultados en https://www.ine.es/prensa/mnp_2019_p.pdf el 24/07/2020.

[135] Las familias matrimoniales -hetero u homosexuales- en las que conviven hijos propios de uno o de ambos cónyuges se estudian en el apartado dedicado a las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio.

[136] BECK-GERNSHEIM, E., *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia* (Traducción de Pedro Madrigal), Barcelona, Paidós, 2003, p. 33.

La Constitución española se refiere de forma especial a la familia de base matrimonial (cfr. art. 32 CE) y el Código Civil recoge este derecho constitucional a contraer matrimonio, que se formalizará y se regirá de acuerdo con las normas del propio Código (cfr. art. 44 CC).

También se establece el régimen jurídico aplicable a las relaciones entre los cónyuges, una vez celebrado e inscrito (cfr. art. 66-72 CC) y el aplicable en situaciones de crisis matrimoniales (cfr. art. 73-107 CC).

Asimismo, se recogen las normas que rigen las relaciones de los progenitores con sus hijos, una vez determinada la filiación (cfr. art. 154-168 CC) y las que regulan la extinción de la patria potestad (cfr. art. 169-171 CC).

Un sector de la doctrina ha criticado fuertemente el estado actual de la institución matrimonial. Considera que, sobre todo desde la reforma de 2005[137], el vínculo está muy diluido, cada vez más próximo a la convivencia de hecho -circunstancia que se basa en el mayor respeto a la libertad del individuo y, por consiguiente, al libre desarrollo de la personalidad-; asimismo, entiende que el Estado se inclina por proteger los intereses de los individuos por encima de los de la familia cuando se produce un contraste entre ambos; muestra su temor por que, en un futuro, la dimensión individual tenga más peso en la sociedad española que la familiar, es decir, que la familia pase a un segundo plano para el individuo; señala, como única distinción auténtica entre matrimonio y unión de hecho, la aplicación exclusiva al primero de las disposiciones relativas al régimen económico matrimonial primario; reprueba la eliminación de las causas para solicitar el divorcio, por quedar los deberes de los cónyuges en meros compromisos de naturaleza voluntaria, y por no respetar la igualdad y libertad de las personas que sí quieren optar por un modelo matrimonial sólido y duradero o que practican ciertas libertades o ideas religiosas, en virtud del artículo 16 CE; observa un absoluto desamparo en relación con los hijos y entiende vulnerado el artículo 39.2 CE; finalmente, propone algunas soluciones jurídicas: instaurar varios tipos de matrimonio en respeto de una

[137] Regulación llevada a cabo por la ya conocida Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio -BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23632 a 23634- y Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio -BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458 a 24461-.

libertad individual real; volver al divorcio causal, si bien con un régimen menos rígido que el anterior y regular la unión estable[138].

En contra de algunas de esas afirmaciones están los argumentos ofrecidos al hablar del tercer pilar sobre el que descansa el modelo familiar constitucional. En caso de colisión entre interés individual e interés familiar, por supuesto que debe anteponerse el primero, pero sólo si versa sobre el ejercicio de un derecho fundamental o libertades públicas; y ello, se debe recordar, porque el verdadero motivo por el que se protege a la familia y sus intereses no es otro que porque consiste en un grupo o seno donde se integra el individuo y cuya función no es otra que la promoción y garantía del libre desarrollo de su personalidad[139]. Tampoco parece cierto que la única diferencia verdadera entre la convivencia de hecho y el matrimonio sea la aplicación (con carácter general) al segundo de las normas del régimen económico matrimonial primario. Finalmente, es cierto que en la práctica no se ofrece un tratamiento igualitario a todos los hijos en todos los ámbitos sociales y jurídicos, pero considero que es por otros motivos distintos a los aducidos y no se trata, precisamente, de los hijos de una familia tradicional, sino de los hijos no comunes de las llamadas familias reconstituidas sea cual sea su base, pero muy especialmente cuando no hay matrimonio. *V. gr.*, los hijos no comunes no se benefician del carácter ganancial de la deuda de alimentos que su progenitor tiene con ellos, si éste no está casado en régimen de gananciales (cfr. art. 1362.1.2.º CC). Por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los hijos no comunes de las familias de hecho y de los matrimonios casados bajo otro régimen económico.

A mi juicio, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el ordenamiento jurídico español no debe ignorar ninguno de los modelos de familia existentes ni desdibujar sus características, pues ello no encajaría con el modelo plural de familia que instaura la Constitución española.

En este sentido, existe, como ya se sabe, una dicotomía entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia. La institución matrimonial está constitucionalmente garantizada (cfr. art. 32 CE), mientras que el legislador

---

[138] Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Divorcio y protección jurídica de la familia: fórmulas de conciliación", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (Coord.), *Los conflictos actuales en el derecho de familia,* Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 107, 111, 119, 124-125, 127 y 136-140.

[139] PERLINGIERI, P. "Il diritto civile nella legalità costituzionale", *op. cit.,* p. 476. El autor clarifica que el desarrollo y la dignidad de la persona son los intereses y fines que motivan la presencia y trascendencia de la familia, y no al revés.

ordinario -si bien del modo que mejor considere (cuestión de decisión política)-[140], tiene la obligación de ofrecer una regulación jurídica de todo tipo de familias (cfr. art. 39 CE)[141], y es en este precepto donde debe encuadrarse la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, las uniones estables no matrimoniales -heterosexuales y homosexuales- y las relaciones familiares en el seno de familias reconstituidas -matrimoniales y no matrimoniales-.

1.2. Familias derivadas del matrimonio entre personas del mismo sexo

Este modelo de familia es la constituida por una pareja formada por personas del mismo sexo que elige contraer matrimonio, con o sin hijos comunes -adoptivos y también, en el caso de las mujeres, engendrados mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)-.

En el ámbito del Consejo de Europa, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a formar una familia conforme a las leyes nacionales del Estado correspondiente (cfr. art. 12 CEDH). A su vez, se prohíbe la discriminación por cualquier circunstancia o condición en el disfrute de los derechos garantizados en el Convenio (cfr. art. 14 CEDH). Pero sobre la interpretación conjunta de estos artículos ha tenido la oportunidad de pronunciarse el TEDH[142], sobre una supuesta discriminación a una pareja homosexual por serle vedado el acceso al matrimonio u otra forma que les diera un reconocimiento jurídico. En la Sentencia, la Sección Primera estima que sólo es posible apreciar un trato

[140] Aunque se debe recordar que los principios rectores de la política social y económica garantizan su protección por parte, no sólo del legislador, sino también del gobierno y las Administraciones Públicas y de los jueces y tribunales.

[141] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, pp. 1 y 4, a propósito del deber del legislador de regular las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. También en este sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia", *op. cit.*, p. 5006. Esta autora deja tan claro la existencia de la obligación de legislador de adoptar las decisiones necesarias para proteger a las familias como la libertad de que dispone en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. Asimismo, E. FOSAR BENLLOCH, considera absolutamente necesario la regulación jurídica de las relaciones familiares de hecho. FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I... op. cit.*, p. 101-102.

[142] STEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 96, 97, 98, 101, 105 y 108. Se cita esta sentencia por todas, por su condensación de doctrina de interés para el presente apartado, pues sigue jurisprudencia sentada en distintas sentencias que en ella se refieren.

discriminatorio del artículo 14 CEDH cuando el diferente tratamiento se de "a personas en situaciones relevantemente similares", sin una fundamentación justa y de peso, proporcional en cuanto a medios y fines, y considera que los Estados Parte disponen de un margen de apreciación a estos efectos cuyo alcance depende "de las circunstancias, el objeto y su contexto", como podría ser la presencia de una base común en los derechos nacionales de los Estados Parte. Opina el Tribunal que ni del artículo 12 CEDH ni del artículo 14 en relación con el 8 CEDH, relativo a la intimidad personal y familiar -cuya interpretación no puede tener lugar de forma separada, sino conforme al conjunto del Convenio-, se deriva una obligación para los Estados Parte de abrir la puerta del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo. Asimismo, el TEDH redunda en el margen de apreciación de los Estados Parte con motivo de que todavía no existe una mayoría de ellos que regulen legalmente este tipo de uniones; si bien alude a que esta tendencia se extiende, lo que podría suponer un cambio en la apreciación del Tribunal en un futuro. Esta jurisprudencia es seguida posteriormente por el Tribunal[143], en un asunto donde conoce de un caso de supuesta discriminación en materia de adopción del hijo de la pareja homosexual.

En el ámbito de la Unión Europea han tenido lugar una serie de recomendaciones del Parlamento Europeo e, incluso, una directiva, donde se insta a los Estados miembros a tomar medidas con el fin de frenar la discriminación por razones de orientación sexual, entre otras[144].

[143] STEDH de 19 de febrero de 2013, *X y otros c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007, § 98 y 99.

[144] Son la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (DOCE C 61, de 28 de febrero de 1994, pp. 40-43), en la que se requiere al Gobierno y Parlamento austríacos la eliminación de una norma que fijaba una edad mínima para mantener relaciones sexuales entre hombres superior a la prevista para las relaciones entre heterosexuales, lo que conllevaba una pena de prisión para quienes incumplieran dicha ley, lo que se considera como discriminatorio y en contra de los derechos humanos; la Resolución de 16 de marzo de 2000, sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (DOCE C 377, de 29 de diciembre de 2000, pp. 344-354), en la que se pide a los Estados, entre otras cuestiones, que reconozcan a todo tipo de familias, incluida la formada por parejas del mismo sexo, iguales derechos que a las familias tradicionales (ap. 56), sobre todo en lo que se refiere a beneficios fiscales, sociales y a los regímenes económicos y los apremia a que den un reconocimiento legal a las uniones y familias no matrimoniales que conviven (ap. 57), además de reiterar la petición realizada en la Resolución de 1994 antedicha (ap. 59 y 60); Resolución de 4 de septiembre de 2003, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (DOCE C 76 E, de 25 de marzo de 2004, pp. 412-429), entre cuyas demandas destacan el eliminar todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual, sobre todo en materia de derecho a contraer matrimonio y adopción (ap. 77) o el reconocimiento por los Estados de los mismos derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales, así como a la pareja estable en relación con el matrimonio, particularmente para que todo tipo de parejas gocen de la libertad de circulación intracomunitaria (ap.

El derecho comparado nos aporta ejemplos de soluciones diversas. Muchos países han admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien no en todos los Estados se le reconocen todos los efectos. Se reconoce el matrimonio a este tipo de parejas en diversos países[145], y en otros incluso también la adopción[146].

Antes de la reforma operada en el año 2005, en España se dieron intentos a nivel estatal de elaborar una regulación uniforme para las uniones basadas en la convivencia. Esta regulación no debía distinguir en función de la orientación sexual de sus componentes. Sin embargo, este proyecto nunca ha visto la luz. Esta circunstancia ha propiciado la elaboración por muchos Parlamentos autonómicos de una legislación en materia de uniones no matrimoniales.

---

81); la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22), que promueve la igualdad de trato, tanto en los sectores público como privado, en cuanto a condiciones de acceso al empleo o profesión, acceso a todo tipo de empleo y nivel, condiciones laborales y afiliación y participación en las organizaciones de trabajadores o empresarios (art. 3); la Resolución de 13 de marzo de 2012 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (DOUE C 251 E, de 31 de agosto de 2013, pp. 1-11), entre otras cuestiones, solicita a la Comisión la preparación de un programa de trabajo en materia de igualdad para el colectivo LGTB en el mismo sentido que se hizo en relación a la igualdad de género (ap. 69), o la Resolución de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (DOUE C 93, de 24 de marzo de 2017, pp. 21-26), donde el Parlamento Europeo lamenta y censura la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género que aún tiene lugar en el ámbito comunitario y elabora una lista temas y objetivos que ha de incluir necesariamente la hoja de ruta o plan de trabajo a realizar conjuntamente por la Comisión, los Estados miembros y las agencias correspondientes para lograr la protección de los derechos fundamentales del colectivo LGTBI.

[145] Se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no la adopción, en Alemania (2017), Australia (2017), Austria (2019), Ecuador (2019), Estados Unidos (todos los estados desde 2015), Finlandia (2017), Irlanda (2015), Portugal (2010), Puerto Rico (2015, por ser territorio dependiente de los EE. UU.) y Taiwan (2019). En el caso de los Estados Unidos de América, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha ido reconociéndose de manera progresiva por la mayoría de sus estados hasta alcanzar el número de treinta y siete y, a partir de 26 de junio de 2015, tras la Sentencia del Tribunal Supremo recaída en el caso *Obergefell c. Hodges*, este derecho está reconocido en todos los estados en virtud de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. El primer estado en permitirlo fue Massacchusetts (año 2004).

[146] Contemplan tanto el matrimonio como la adopción por parejas del mismo sexo los ordenamientos jurídicos de Argentina (2010), Bélgica (2003), Brasil (2012 y, desde 2013 en todos sus estados), Canadá (2005), Colombia (2016), Dinamarca (2012), España (2005), Francia (2013), Islandia (2010), Países Bajos (2001), Luxemburgo (2015), Malta (2017), México (desde 2015 para todo el Estado), Noruega (2009), Nueva Zelanda (2013), Reino Unido (Inglaterra, Gales y Escocia desde 2014 e Irlanda del Norte desde 2020), Sudáfrica (2006), Suecia (2009) y Uruguay (2013). En Bélgica se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo desde 2003 y la adopción conjunta desde 2006, mientras que Dinamarca, en un primer momento, iguala a parejas registradas (de ambos sexos) con los matrimonios sólo en materia fiscal y sucesoria, y tres años después regula el matrimonio y la adopción -ha sido la Ley nº 360, de 2 de junio de 1999, la que ha permitido la adopción de los hijos de la pareja sin distinción por razón de orientación sexual-.

En este contexto se promulga la ya referida Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta legislación permite el matrimonio entre personas del mismo sexo -lo que incluye a los transexuales- sin alterar el anterior esquema basado en un único tipo matrimonial, con unos requisitos y unos efectos únicos[147]. En otras palabras, la ley no crea una nueva institución jurídica, sino que se limita a suprimir uno de los caracteres hasta entonces básicos del matrimonio: la heterosexualidad.

Lo más significativo de esta ley es, sin duda, su Introducción -Exposición de Motivos-. En ella el legislador ofrece una serie de fundamentos jurídicos que, con mayor o menor acierto, han sido esgrimidos para defender la constitucionalidad de la Ley[148]. El legislador afirma que en la Constitución no hay precepto en contrario que imposibilite la promulgación de aquélla y fundamenta la norma jurídica en una serie de derechos y libertades constitucionales, cuales son: el libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1.º CE y art. 9.2.º CE en relación con aquél), la libertad a la hora de elegir el modo en que convivir (cfr. art. 1.1 CE) y la igualdad real sin discriminación por razón de sexo, opinión, o cualquier otra condición personal o social (cfr. art. 14 CE).

Véanse uno a uno los anteriores fundamentos: sobre el primero no parece que haya nada que objetar; el segundo es de consideración, ya que, si bien el ordenamiento jurídico no prohíbe que cada persona opte por la forma de convivencia que considere, el legislador ordinario debe brindarles cauce jurídico para dotar de efectividad la protección a la familia del artículo 39 CE; finalmente, la tercera de las razones esgrimidas por el legislador es asimismo oportuna, pero, como ha señalado cierto sector autorizado de la doctrina, la falta de reconocimiento matrimonial a estas parejas no supone una discriminación por razón de sexo -afecta por igual a mujeres y a hombres-, sino que constituiría, en todo caso, una discriminación por razón de orientación sexual[149], circunstancia que puede considerarse dentro de la expresión "cualquier otra condición (…) personal o social" contemplada en el artículo 14 CE.

[147] España es el cuarto país del mundo en admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, tras Países Bajos (2001), Bélgica (2003) y Canadá (junio de 2005).

[148] El legislador también señala que la regulación de la institución matrimonial en el Código Civil de 1889 -exclusivamente entre personas de distinto sexo-, es reflejo de la sociedad y del pensamiento imperante en aquel momento; pero añade que la sociedad y los modelos convivenciales se hallan en constante evolución y que el ordenamiento jurídico debe adaptarse en consecuencia.

[149] En este sentido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *op. cit,*, p. 9.

Tampoco entrañaría una discriminación por razón de opinión, pues estimo que la orientación sexual no puede, ni debe, ser calificada de opinión.

Junto a aquellos fundamentos de la Ley, un sector de la doctrina ha señalado otro: el derecho a fundar una familia del artículo 39 CE en el sentido de que el legislador está, en virtud de dicho precepto, en la obligación de regular de algún modo las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, y la apertura al matrimonio es una de ellas, si bien no la única[150].

En cuanto a la adopción, como es natural, le ha sido reconocida también a este modelo de familia, puesto que después de la fundamentación ofrecida por el legislador para otorgar acceso al matrimonio a estas parejas no parece existir razonamiento alguno para negar la posibilidad de adoptar, a fin de dar igualdad de tratamiento a todo matrimonio.

Pero no se deben omitir otras razones, detrás de la Ley, que apremian su promulgación. Una de ellas es la oportunidad política, y la otra la actividad desarrollada por los grupos de presión[151].

Apenas tres meses después de la promulgación de esta Ley se formula recurso de inconstitucionalidad contra la misma por setenta y dos diputados del grupo parlamentario popular, admitido a trámite y resuelto mediante Sentencia del Tribunal Constitucional por la que se desestima el recurso[152]. El Tribunal en Pleno, tras desechar otros fundamentos jurídicos en que se basa el recurso. por estar directamente relacionados con la inconstitucionalidad o por ser objeto de clara u obvia respuesta, determina que la clave radica en la interpretación del artículo 32 CE[153]. No obstante, también se refiere a la interpretación del artículo 39 CE, pero

[150] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, pp. 1 y 4.

[151] En efecto, se trata de una política pública fruto de la alianza entre el PSOE y el movimiento homosexual, alianza que responde a motivos de oportunidad para cubrir necesidades propias de cada uno de ellos. *Vid*. CALVO BOROBIA, K. "Necesidades políticas y protesta colectiva en la regulación de los matrimonios homosexuales en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, nº 10, 2006, p. 155.

[152] La STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, por la que se desestima el recurso promovido contra la Ley 13/2015, de 1 de julio, tuvo un total de cuatro votos particulares.

[153] Afirma, concretamente, que "… de todos los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes para sustentar su pretensión, el único que podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en caso de que se entienda vulnerado, es el art. 32 CE" (FD 6º). En este sentido, algunos autores opinan que, en concreto, la discusión residía en torno a la interpretación que se diera a la expresión "el hombre y la mujer" del artículo 32 CE. Rechaza el

sólo para comprobar si ha sido vulnerado al reconocerse la posibilidad de adoptar a los matrimonios compuestos por consortes del mismo sexo[154]. Por lo demás, en lo que atañe a los parámetros jurisprudenciales para determinar si había sido respetado el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, se debe remitir a lo expuesto sobre esta sentencia en el apartado de la familia plural, y tan sólo recordar ahora que el TC concluyó que el mismo había sido respetado[155].

El legislador ordinario podría haber optado, simplemente, por regular las uniones de hecho homosexuales -y, de paso, también las heterosexuales-. Podría, incluso, haber regulado una institución *ex novo* específicamente para estos supuestos, sin necesidad de extender la institución matrimonial a este tipo de parejas. Pero optó por esta última alternativa, que no era necesaria, pero tampoco estaba prohibida, y desde el punto de vista jurídico eso es cuanto importa. En otras palabras, tuvo lugar un cambio de política legislativa permitido por la Constitución española.

En este punto se debe traer a colación lo que ya se expuso en relación a las uniones de hecho. Siempre que no se desvirtúe el contenido esencial del *ius connubii* (cfr. art. 32 CE), y dentro de los parámetros marcados por la Constitución, el legislador tiene la opción -se trata de una "decisión política" (STC 11/1981, FJ 7º)-, y

---

argumento literal sobre la preterición del legislador constitucional de la expresión "el hombre y la mujer… entre sí", puesto que considera -y me muestro de acuerdo- que tanto la voluntad de aquél como el contexto histórico son inequívocos, así como que dicho precepto es el único de toda la Constitución en que se utiliza la referencia expresa al hombre y la mujer, y no a los ciudadanos o a las personas. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *op. cit*,, p. 11. En igual sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 5. Asimismo, GARCÍA RUBIO, M.P. "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual", en ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009, pp. 176-177.

[154] Y no porque los recurrentes no adujeran la conculcación del artículo 39 CE, que lo hicieron, sino porque no fundamentaron aquélla en una transgresión individual a dicho precepto. Justificaron la necesaria vulneración del artículo 39 CE por la del propio artículo 32 CE, y, como recuerda el TC, ambos artículos tutelan "realidades distintas". Matrimonio y familia son dos realidades diferentes, dos "bienes constitucionales" distintos, porque así lo quiso el legislador (FD 5º).

[155] Antes del pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, un sector de la doctrina ya señalaba la necesidad de que el mismo se pronunciara acerca de los "elementos estructurales" de la institución matrimonial garantizados por el art. 32 CE y, en concreto, si el carácter de heterosexual del matrimonio está entre ellos. GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 7; GARCÍA RUBIO, M.P. "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual", *op. cit.*, p. 188. Otro sector doctrinal ya consideraba entonces la heterosexualidad como nota no constitutiva del contenido esencial de la institución matrimonial. En este sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", *op. cit.*, p. 2441, y posteriormente en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 404.

no la obligación ni la prohibición, de regular la unión de hecho y los matrimonios entre personas del mismo sexo. El legislador puede extender su poder sobre todo aquello que no esté prohibido, siempre que se ciña al marco constitucional, respete el contenido esencial de las normas e, incluso, con base en el derecho general de libertad, justifique debidamente toda restricción de libertad o derechos[156].

En todo caso, como se ha señalado, es preciso realizar una matización: en principio, que el matrimonio entre personas del mismo sexo no sea inconstitucional no significa que se extienda al mismo la garantía del artículo 32 CE. En este sentido, un sector doctrinal ha señalado que esta garantía sólo alcanza al matrimonio heterosexual, lo que entraña que se puede abolir en virtud de otra decisión política[157]. Cuestión distinta es que eso vaya a ocurrir. Sin embargo, y en mi opinión, tras el pronunciamiento del TC parece que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha quedado blindado. Una vez que el legislador ordinario ha dado ese paso y que el máximo intérprete de la Constitución ha reconocido la constitucionalidad de estos matrimonios, difícilmente encajaría una vuelta atrás con los valores constitucionales, en especial con la no discriminación por razón de la orientación sexual (cfr. art. 14 CE). Incluso yendo más lejos, y al margen de la decisión política del legislador y del fallo del TC, es posible que después de más de cuarenta años sea necesario hacer una interpretación del artículo 32 CE de acuerdo con el devenir los tiempos y restarle peso a la literalidad del precepto o a la voluntad del legislador. Ello resulta idóneo, además, si se tiene en cuenta que una Constitución no es como cualquier otra norma jurídica, sino que su propósito es permanecer vigente mucho tiempo, y que siempre es mejor interpretarla en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (en palabras del art. 3.1 CC) que modificarla. Más aún, en materia de familia, dada la naturaleza del objeto -se halla en constante cambio-, la interpretación de los preceptos constitucionales que le afectan de acuerdo con el devenir de los tiempos parece algo natural e inevitable. En otras palabras, tal vez hace cuarenta años la solución habría sido distinta, pero en ese transcurso de tiempo la sociedad española ha cambiado y, con ella, también la familia española.

---

[156] PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 172; PRIETO SANCHÍS, L. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *op. cit.*, pp. 436, 462, 465 y 468.

[157] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, pp. 5 y 6, en sintonía con el ATC 222/1994 (Sec. 1.ª), de 11 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:222A. *Vid.* asimismo, GARCÍA RUBIO, M.P. "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual", *op. cit.*, pp. 176-177. En sentido parecido, ASUA GONZÁLEZ, C.I. "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *op. cit.*, p. 14.

El otro tema solventado por el TC en su sentencia, es el de si el reconocimiento de la adopción conjunta por parte de estas parejas de casados lesiona el artículo 39.2 CE. Lo primero que se debe apuntar es que la adopción se permite a estas uniones en tanto en cuanto han accedido a la institución matrimonial: de un lado, en obediencia al principio de igualdad los cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones, sean de una u otra orientación sexual; de otro, por cuanto el matrimonio es uno sólo -no hay distintos tipos matrimoniales-. El Tribunal Constitucional no aprecia vulneración del artículo 39.2 CE, pues la ley que regula el procedimiento de adopción conjunta observa el principio del interés superior del menor (cfr. art. 176 CC), que es el principio informador de todo proceso en que intervengan menores de edad, ya sea en vía administrativa o judicial[158].

Si bien es cierto que una de las funciones tradicionales de la familia ha sido la procreación, desde el momento en que la reproducción humana es posible por vías distintas de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, la tradicional imposición de heterosexualidad matrimonial pierde su fundamento[159]. Además, el derecho a

[158] Del mismo modo, la STC 124/2002, reconoce la facultad judicial de rechazar la adopción de un menor cuando ésta sea contraria al interés del mismo, tras comprobar tal circunstancia a través de un procedimiento reglado -STC 124/2002 (Sala Segunda), de 20 de mayo de 2002, ECLI:ES:TC:2002:124 (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002, pp. 70-82), FJ 12.º-. En este sentido, ya se venía observando con anterioridad a la Ley 13/2005 que de lo que se trata es de responder del mejor modo al interés superior del adoptando, con la solución que corresponda, y no de reconocer un derecho a adoptar a los homosexuales, puesto que ese derecho no existe ni para ellos ni para nadie (afirmación que apoya en la STEDH de 26 de febrero de 2002, *Fretté c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597). Así, GARCÍA RUBIO, M.P. "La adopción por y en parejas homosexuales", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, *op. cit.*, p. 1406.

[159] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho", *op. cit.*, p. 2439; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *op. cit.*, p. 12. El autor vislumbra el cambio en la visión del matrimonio, no en una consideración moral, sino antropológica. Asimismo, GARCÍA RUBIO, M.P. "Viejos y nuevos apuntes sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual", *op. cit.*, pp. 191-192, sostiene que ni el propósito ni la aptitud para reproducirse son hoy elementos esenciales del matrimonio. En similar sentido, ASUA GONZÁLEZ, C.I. "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *op. cit.*, pp. 8-9. Se han señalado como factores que han contribuido a configurar la institución matrimonial - entre cuyas notas ha estado presente, históricamente, la heterosexualidad de los contrayentes-, la función reproductiva, motivos de naturaleza moral y religiosa e intereses políticos y económicos. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 371. Otros autores aportan como dato añadido a la pérdida del hecho de la procreación como característica del matrimonio, el hecho de que, aunque se ponga fin a la relación, los progenitores siguen obligados con sus hijos. En otras palabras, la introducción del divorcio y la dicotomía existente entre las relaciones conyugales y las parentofiliales, contribuyen a que la procreación ya no sea una característica esencial del matrimonio. En esta línea, SESTA, M. "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", en MACARIO, F., MILETTI, M.N. (Dirs.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, RomaTrE-Press, 2017, pp. 148-149.

contraer matrimonio es un derecho fundamental y la laicidad del Estado español excluye la injerencia de los postulados religiosos que en otro tiempo estuvieron ligados a la institución matrimonial y al Estado. En esta materia, lo que importa ahora es el libre desarrollo de la personalidad.

En cualquier caso, esta "remisión en bloque" al sistema matrimonial heterosexual es fruto de una falta de reflexión derivada de la premura por aprobar una regulación de estas parejas, puesto que no se tuvo en cuenta sus circunstancias, que en algunos casos traerían problemas específicos[160].

En consecuencia, el régimen jurídico aplicable al matrimonio entre personas del mismo sexo es, una vez celebrado e inscrito, el de los artículos 66-72 CC para las relaciones entre los cónyuges vigente el matrimonio, y el de los artículos 73-107 CC para las situaciones de crisis matrimoniales. En cuanto a las relaciones verticales, una vez determinada la filiación adoptiva o por naturaleza -en el caso de las mujeres que hacen uso de las TRHA-, son las recogidas en los artículos 154-168 CC, mientras que a la extinción de la patria potestad se refieren los artículos 169-171 CC.

Por otro lado, la Carta Europea de Derechos Humanos (art. 9) parece aceptar la regulación efectuada por el legislador español[161].

1.3. Familias reconstituidas sobre la base del matrimonio

Son familias formadas por dos personas, del mismo o distinto sexo, que contraen matrimonio y aportan a la convivencia los hijos habidos, por uno de ellos o

[160] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, pp. 6, 9 y 13-15. Esta autora opina que, derivada de la extensión del régimen del matrimonio heterosexual, surgen, de un lado, muchas dudas entre las que puede destacarse, por ejemplo, la pregunta de si el legislador autonómico, dentro de su marco competencial, puede tratar ambos "modelos" de matrimonio de modo distinto. Asimismo, se han puesto de manifiesto previsibles problemas cuando se da un elemento extranjero en la constitución de estos matrimonios, como los inconvenientes a la hora de aplicar ciertos instrumentos internacionales o europeos pensados para los matrimonios heterosexuales o los problemas del reconocimiento de efectos de estos matrimonios en muchos Estados. Así, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio", en ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones… op. cit.*, pp. 9-37.

[161] ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, nº 10, p. 215. El artículo 9 de la Carta Europea de Derechos Humanos recoge el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sin especificar los sujetos, y deja el optar por una u otra opción a los legisladores nacionales.

por ambos, en una anterior unión -de hecho o conyugal- y a la que con frecuencia suman hijos comunes, nacidos antes o después de las nupcias. Como es fácil imaginar, en estas familias la complejidad de las relaciones existentes se incrementa de modo notable[162].

Un estudio demográfico muestra que sólo el 46% de las madres que forman una familia reconstituida elige el matrimonio, frente al 94% de las que forman una familia por vez primera -sin que ninguno de los cónyuges aporte hijos-[163].

Este tipo de familias, en su mayoría, tienen lugar tras un divorcio más que por la defunción de alguno de los consortes y nuevas nupcias del cónyuge supérstite, circunstancia que favorece que se experimenten distintos modelos familiares[164]. Es evidente que, en España, esta circunstancia se remonta a la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio en España y supuso un crecimiento progresivo de estas familias. Con anterioridad a esa Ley, las familias recompuestas eran un fenómeno consecuencia de la viudez temprana[165].

Se debe indicar, asimismo, que los hijos no comunes de estas familias pueden ser hijos menores o mayores, incapacitados o no y por naturaleza o adoptivos, al igual que los hijos comunes de éstas o de otras tipologías familiares, pues serán considerados hijos de la familia si conviven en el hogar familiar.

---

[162] En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo 1. Familia, sociedad y derecho", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de derecho civil (IV). Derecho de familia*, Madrid, Colex, 2007, p. 23.

[163] TREVIÑO, R., GUMÁ, J. ''De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*'', Papers: revista de sociología*, 2013, vol. 98, nº 2, p. 300. Se debe tener en cuenta que el estudio toma como referencia las EPAs del INE reunidas en dos períodos: de 1999-2004 y 2005-2010, junto con el censo de población de 2001 y la *Enquesta demográfica 2007 (ED)* realizada en Cataluña.

[164] MONCÓ REBOLLO, B. "Códigos de interpretación de los acuerdos económicos del divorcio: el caso de las familias reconstituidas". *Portularia: Revista de Trabajo Social, 10 (2)*, 2010, p. 2.

[165] Mientras que antiguamente estas familias traían causa en lo que se ha llamado la "fatalidad", ahora tiene su razón de ser en la voluntad de dar por finalizada la anterior relación conyugal y de crear una nueva, con el resultado de que unas mismas personas pueden experimentar sucesivamente la recomposición de dos o más familias. En este sentido, ROCA I TRIAS, E. "La regulació de les famílies "recomposades" o "reconstituïdes"", *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa,* Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010 [http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm].

Se plantea la existencia de otro ejemplo de familias dentro de las cuales tienen lugar relaciones de similar naturaleza y donde la convivencia de sus miembros puede generar el mismo tipo de dificultades. Se está pensando en las relaciones familiares que derivan de la convivencia entre el cónyuge del tutor y el tutelado cuando aquél no es cotutor[166].

Para determinar el régimen jurídico aplicable a las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio se debe distinguir entre los diversos tipos de relaciones que tienen lugar en su seno:

- Relaciones horizontales:

    - Entre los cónyuges: de nuevo, una vez celebrado e inscrito el matrimonio, sus relaciones se rigen por los artículos 66-72 CC vigente el matrimonio, y por los artículos 73-107 CC en situaciones de crisis matrimoniales.

    - Entre los hijos de la familia: en el seno de las familias reconstituidas pueden tener lugar relaciones familiares entre hermanos de doble vínculo, entre hermanos de vínculo sencillo -medio hermanos- o entre hermanastros. Se hallan todos en situación de igualdad en la familia, si bien la convivencia entre hermanastros no supone ningún efecto jurídico a efectos de derecho de familia, salvo, a lo sumo, la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia de acuerdo con sus posibilidades (cfr. art. 155.2.º CC). De hecho, entre los hermanastros ni siquiera se da un parentesco -entendido jurídicamente-, pues los parientes por afinidad no son parientes entre sí.

- Relaciones verticales:

    - Entre el progenitor y su hijo: determinada la filiación, sus relaciones se rigen por los artículos 154-168 CC, mientras que a la extinción de la patria potestad se aplican los artículos 169-171 CC.

[166] En el caso de que el cónyuge del tutor sea, junto a éste, cotutor, no se dan mayores problemas, ya que la institución tutelar regula las relaciones jurídicas entre ambos sujetos, del mismo modo que la patria potestad regula las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos sometidos a la misma.

- Entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común: si bien éstas no son relaciones verticales propiamente dichas, porque el primero no ejerce las funciones parentales sobre el segundo, pero tampoco se puede decir que se encuentren en una situación de paridad en la familia. Se hallan muy pocos preceptos en derecho común, pero los hay (cfr. arts. 68, 155.2.º -relativo a la obligación de los hijos de contribuir a las cargas de la familia, en la medida de sus posibilidades, mientras convivan en el hogar familiar-, 160.2.º -que puede suponer el reconocimiento del derecho del menor a mantener relaciones personales, tras el divorcio, separación o viudedad, con el que ha sido cónyuge o pareja de uno de sus progenitores-, 165 -sobre administración de los bienes de los hijos, que establece la posibilidad de que los progenitores destinen los frutos de los bienes del menor no emancipado, de su trabajo o industria, al levantamiento de las cargas de la familia sin necesidad de rendir cuentas de lo invertido a tal fin-, 1318 -que establece la obligación de los cónyuges de responder con sus bienes al levantamiento de las cargas de la familia- y 1362.1.2.º CC -sobre la deuda de la sociedad de gananciales para el mantenimiento de los hijos propios de uno de los cónyuges, de carácter expreso-). En realidad, se trata de preceptos que afectan a uno y a otro por la circunstancia del matrimonio sumada a la de la convivencia entre ellos. Lo contenido en la mayoría de estos artículos, en realidad, no es exigible directamente por el uno frente al otro, sino que son deberes conyugales o parentofiliales del o frente al familiar común[167].

Se debe hacer alusión también a la relación entre los hijos no comunes y el progenitor con quien no conviven -de haberlo-, pues, aunque quede excluido del ámbito de la familia reconstituida por el otro progenitor, no cesa -en principio- en sus funciones parentofiliales. O lo que es igual, los hijos no comunes pueden tener relaciones familiares fuera de la familia reconstituida por uno de sus progenitores, ya sea en el tiempo del régimen de visitas, ya sea porque conviven con dos familias en régimen de guarda y custodia compartida. Obviamente, como el matrimonio y la patria potestad son dos instituciones independientes, las relaciones entre los menores

[167] Un sector de la doctrina ha señalado que el principio de igualdad de los cónyuges consagrado en el artículo 32 CC y reiterado en el artículo 66 CC entraña, en estos casos, la garantía de la posición de cada uno de los cónyuges en la familia cuando conviven con hijos no comunes de uno de ellos, así como el deber de respeto de cada cónyuge hacia la situación familiar del otro. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Artículo 66", *op. cit.*, p. 319.

y su progenitor no conviviente se rigen por las mismas normas (cfr. arts. 154-168 CC y, para la extinción de la patria potestad, art. 169-171 CC).

Aparte los pocos artículos citados que pueden resultar de aplicación cuando se da la convivencia entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común, el estado actual de la cuestión es que el derecho común español regula el matrimonio y admite la disolución del vínculo conyugal, pero no ha previsto las consecuencias de una unión posterior con terceras personas sobre el ejercicio de las funciones parentales. No existe un estatuto jurídico del padrastro, ni siquiera reducido.

La regulación aducida es escasa y poco clara: además de insuficiente en las materias que regula, no contempla todos los problemas que puedan surgir en un núcleo familiar reconstituido, si bien existe una variada tipología de estas familias, por lo que la tarea es bien difícil.

Sin embargo, la necesidad de una regulación para estas familias es evidente. Se pueden extrapolar los fundamentos ofrecidos por cierto sector doctrinal a propósito de la necesidad de regular las familias monoparentales y que a continuación se resumen: el derecho de familia debería evaluar todas las soluciones jurídicas que se dan para cada una de las realidades familiares -que es lo que son, y no categorías jurídicas- por cada uno de los ámbitos del derecho, ya que para proteger y asegurar la subsistencia de cada modelo familiar, se han de adoptar medidas no sólo de índole civil -una exigencia del Estado social-, y de ahí la importancia de considerar que estas familias integran un específico modelo familiar. Si se entiende que un considerable número de familias presentan problemas comunes, los poderes públicos habrán de proyectar un marco jurídico común[168].

Son materias del ámbito del derecho de familia sobre las que cabe plantearse una regulación legal o la posibilidad de pactar: a) funciones de guarda y cuidado o el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos no comunes; b) el deber de respeto mutuo y de obediencia al cónyuge o pareja del progenitor; c) f) la representación y la administración de los bienes de los hijos no comunes; d) el mantenimiento de relaciones personales, con expresa alusión al excónyuge o expareja del progenitor del hijo no común; e) el mantenimiento de los hijos no comunes, sea cual sea el régimen económico del matrimonio, y f) la contribución a las cargas de la familia, con mención expresa de los hijos no comunes. Por supuesto, no todas estas materias

[168] Es un resumen de las reflexiones de VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia", *op. cit.*, pp. 5008 y 5010-5013.

tienen por qué verse afectadas finalmente. Se debe examinar la conveniencia de regular o no sobre cada una de ellas en relación a las familias reconstituidas.

Debe ser por el aumento del número de familias reconstituidas que la figura del cónyuge del progenitor ha sido regulada, en mayor o menor medida, por otros sistemas de derecho, por lo que es de gran valor el recurso al derecho comparado en el estudio de estas familias. También la han regulado otros derechos civiles del Estado, como el aragonés o el catalán[169].

También parece adecuado referirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a propósito de las familias reconstituidas. Es conocido que el TC ha proclamado de forma general la protección constitucional de las familias; sin embargo, de momento, a efectos prácticos y sorprendentemente, no ha predicado con el ejemplo. Así ha ocurrido en un caso donde, a pesar de ser posterior a sus importantes pronunciamientos en materia de parejas de hecho[170], no se pronuncia a favor de entender -por extensión- dentro del derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento a los descendientes del cónyuge premuerto, concretamente, a la hijastra de la arrendataria, cuando ésta se había subrogado previamente en el contrato del que era arrendatario su cónyuge -el padre de aquélla-, lo cual no significa que se pronuncie en contra, sino que considera que del texto de la ley cabían dos interpretaciones contrarias válidas[171].

[169] No obstante, el estudio de estos derechos no corresponde a esta sede.

[170] SSTC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, y 47/1993, de 8 de febrero de 1993, citadas.

[171] Es el caso resuelto por la STC 13/1995 (Sala Primera), de 24 de enero de 1995, ECLI:ES:TC:1995:13 (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995). En el supuesto, el juzgado de instancia, en mi opinión acertadamente, había interpretado que entre la primera subrogada y la hija de su cónyuge había existido «"una relación plenamente asimilable" a la de madre e hija, permitiendo así la extensión del beneficio» tras haber convivido en la vivienda desde la infancia de la segunda, mientras que la Audiencia Provincial se pronunció en sentido contrario, haciendo una interpretación literal y restrictiva del artículo 59 de la LAU de 1964 -que era la ley aplicable a ese contrato-. El precepto se refería, a efectos de segunda subrogación, al cónyuge y a "los descendientes legítimos, naturales o adoptivos". El TC, en vez de seguir la línea marcada por sus anteriores sentencias en cuanto a asimilar al matrimonio la situación de convivencia análoga a la conyugal a efectos de subrogación en el contrato de arrendamiento, se desmarca de ésta sin pronunciarse en contra, sino que elude pronunciarse positiva o negativamente, de modo que afirma que son plenamente constitucionales ambas interpretaciones, con el injusto resultado de que, al ser la Audiencia Provincial órgano superior en el sistema de recursos, prevalece, en el caso concreto, el criterio de excluir a la hija no común del ámbito de aplicación de la norma. El fallo del Tribunal tuvo un voto particular, a mi juicio muy oportuno, y mucho más interesante jurídicamente que los fundamentos jurídicos de la sentencia. En el mismo se apunta la incoherencia de ese fallo con el de los precedentes a propósito de la pareja *more uxorio*; el desacierto de no pronunciarse sobre el principio de igualdad invocado por la recurrente de amparo y al que era necesario dar respuesta en atención al principio de tutela judicial efectiva; que el artículo 59 LAU 1964 no hacía referencia a que el parentesco tuviera que ser de

Finalmente, se debe mencionar que el derecho civil común (cfr. arts. 175-180 CC) permite la adopción de un menor por el cónyuge de uno de sus progenitores, si bien como ha apuntado un sector doctrinal, sólo ofrece solución a un caso muy concreto: el supuesto en que el menor no tiene relación alguna con su otro progenitor[172]. En cualquier caso, resulta inadecuado en estos supuestos el recurso a la adopción. En este mismo sentido, algún autor ha desaconsejado el uso de la adopción[173], o del reconocimiento de complacencia en estos casos, ésta última por ser inadecuada -si bien, no prohibida-[174].

---

consanguinidad o afinidad y manifiestan los magistrados en su voto particular: "En consecuencia, la hoy demandante puede ser calificada, sin forzar el concepto, como "descendiente" de la conyuge subrogada en primer lugar, por cuanto la razón de la norma no se funda en la sangre, pues admite la adopción, sino la vida en común dentro de un marco afectivo, más allá de la pura biología. La lectura del art. 59 LAU a la luz del art. 39 de la Constitución, como hizo el Juez de Distrito, impide un tratamiento discriminatorio de esta situación respecto de otras pariguales en un todo, sin más diferencia que la derivada de la filiación por naturaleza", citando al respecto su STC 260/1988 (Sala Segunda), de 22 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TC:1988:260 (BOE núm. 19, de 23 de enero de 1989), en la que se establecía que "el principio de igualdad ante la Ley, proclamado en el art. 14 C.E., entraña que de supuestos de hecho iguales se extraigan las mismas consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro deba considerarse carente de fundamento racional y, por ende, arbitrario, al no ser tal factor relevante para la protección de bienes y derechos pretendida por el legislador". Crítico con esta sentencia y a favor del voto particular se muestra también un sector de la doctrina, que, entre otras cuestiones, pone de relieve que, si cabe la integración analógica de las parejas *more uxorio*, con mayor razón debe de aceptarse la interpretación extensiva del artículo 59 LAU 1964 e incluir entre los "descendientes" también a los que lo son por afinidad, por ser hoy día parte integrante de la familia nuclear. Así, RIVERA ÁLVAREZ, J.M. "Sobre la filiación por afinidad en la subrogación arrendaticia urbana: comentario a la sentencia del tribunal Constitucional 13/1995, de 24 de Enero", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 86, 1996, p. 440. Por su parte, el actual artículo 16.1.c) LAU 1994, incluye en el derecho a subrogarse en el contrato a "Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes", por lo que no incluye expresamente a los hijos no comunes. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, hasta ahora, al respecto, pero su pronunciamiento de 1995 no parece adecuarse a la Constitución ni a las soluciones dadas para otros supuestos familiares que no son más dignos de protección que el presente. Se trata, claramente, de una situación de discriminación de los hijos en razón de su origen -art. 39.2.º CE- por darse una identidad de razón entre el supuesto de hecho y el supuesto contemplado en la norma.

[172] SERNA MEROÑO, E. "Los Derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares" en A.L. REBOLLEDO VARELA (Coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 239.

[173] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 13. Asimismo, sobre la inadecuación tanto del recurso a la adopción como al reconocimiento de complacencia, GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2004 (Working Paper de Derecho catalán n.º 13, Barcelona, julio de 2004), p. 4. Recuerda la autora que, entre los efectos de la adopción, están el de romper los vínculos con la familia de origen -en estos casos con el progenitor que no es

2. FAMILIAS CONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DE LA CONVIVENCIA

Como ya ha sido puesto de manifiesto, la distinción constitucional entre las instituciones familiar y matrimonial supone que las familias llamadas "de hecho", esto es, las que no nacen del matrimonio, sino que tienen su origen en la mera convivencia de sus integrantes, son familias en virtud del artículo 39 CE; tanto como pueden serlo las matrimoniales[175]. Otra cosa es la protección especial a la institución matrimonial efectuada en el artículo 32 CE.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que incluso las parejas sin descendencia, matrimoniales o no matrimoniales, deben ser consideradas familia si sus miembros conviven e integran una unidad familiar por varias razones[176], que son:

---

cónyuge del adoptante y su familia-, y la irrevocabilidad, y a ambos efectos se debe recordar la menor solidez de las segundas nupcias y uniones (p. 8).

[174] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", en AA.VV., Coords. R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO MELERO, S. NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 63. No obstante, se debe matizar que el Código Civil de Cataluña establece hoy día, expresamente, la nulidad del reconocimiento de complacencia por constituir un fraude de ley, cuya acción no prescribe (art. 235-27.4 CCCat.).

[175] En esta línea, se ha sostenido que la dicotomía entre familia y matrimonio demuestra que la primera es una institución más amplia. Así, GARCÍA RUBIO, M.P. "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en TORRES GARCÍA, T.F. *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2005, p. 37. En sentido contrario, ROCA I TRÍAS, E., "Constitució i família", *op. cit.*, p. 299. Esta autora, sin negar que estas parejas sean familia, considera que la protección del artículo 39.1 CE se refiere casi exclusivamente a las relaciones entre progenitores e hijos. Por su parte, en la doctrina italiana, se ha hecho referencia a que, como consecuencia de que el matrimonio ya no tenga carácter central, la filiación tiene ahora un papel mayor como "acto fundador de la familia". Así, STANZIONE, M.G. "Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana", *Famiglia e diritto*, nº 2, 2012, p. 202.

[176] SSTC 45/1989 (Pleno), de 20 de febrero de 1989, ECLI:ES:TC:1989:45 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989); 192/1991 (Sala Segunda), de 14 de octubre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:192 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991), y 200/1991 (Sala Segunda), de 28 de octubre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:200 (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 1991). Con inclusión de las parejas de hecho sin descendencia, se pronuncia la STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, citada, FJ 4.º.

1) se ha de respetar el artículo 18.1 CE -derecho a la intimidad personal y familiar-[177];

2) se debe considerar el sentido en que se pronuncia la legislación en materia de familia anterior a la Constitución;

3) se debe tener en cuenta la propia doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, y

4) se debe atender al concepto de "familia" enraizado en la sociedad española.

A favor de la consideración familiar de la familia de hecho se pronuncia, asimismo, el TEDH[178], adoptando una concepción de la familia basada más en vínculos fácticos que jurídicos.

Según datos del INE, en el año 2019 el 15,7% de las parejas existentes en España lo eran de hecho[179]. Aunque el número de parejas de hecho sigue siendo bastante inferior que el de matrimonios, en los últimos quince años se revela un gran aumento de estas parejas. Entre 2001 y 2011 este incremento fue de un 249,5% en el

[177] La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la intimidad personal y familiar "hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad" (STC 119/2001 (Pleno), de 24 de mayo de 2001, ECLI:ES:TC:2001:119 (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001), FJ 6º -*vid*. también FJ 5º-), y es uno de estos ámbitos "el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima" (STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001, citada, FJ 6º, que sigue la doctrina sentada en STC 22/1984 (Sala Segunda), de 17 de febrero de 1984, ECLI:ES:TC:1984:22 (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984), FJ 5.º). Son sentencias posteriores que siguen esta doctrina sobre la intimidad personal y familiar, la STC 16/2004 (Sala Primera), de 23 de febrero de 2004, ECLI:ES:TC:2004:16 (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004), FJ 4º, la STC 150/2011 (Pleno), de 29 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TC:2011:150 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011), FJ 5.º, la STC 176/2013 (Sala Segunda), de 21 de octubre de 2013, ECLI:ES:TC:2013:176 (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2013), FJ 7º y la STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, citada, FJ 8º.

[178] En las ya citadas SSTEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica* y de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*.

[179] Encuesta Continua de Hogares, año 2019, INE (nota de prensa de 2 de abril de 2020). Consultado en https://www.ine.es/prensa/ech_2019.pdf el 24/07/2020.

caso de parejas de hecho formadas por ambos solteros y de un 136,4% en otros casos[180]. De 2001 a 2018 el total de parejas de hecho pasa de 563.785 a 1.781.500[181].

Algunos autores han sostenido que el reconocimiento de las familias de hecho puede garantizar una mayor protección de los hijos nacidos en su seno, y que cuando dos modelos familiares -las dos grandes categorías: el fundado en el matrimonio y el basado sólo en la convivencia- desempeñan unas mismas funciones, no hay razón para recibir una protección desigual[182]. Podría plantearse la oportunidad de aplicar en estos supuestos el artículo 4 CC, sobre la aplicación analógica de las normas fijadas para otro supuesto con el que se estime que existe identidad de razón, lo cual tendría que examinarse caso por caso y no está exento de discusión.

En esta línea, y en la doctrina estadounidense, se ha sostenido que pueden tener lugar desigualdades legales entre los hijos de unas familias y los de otras o, incluso, entre los hijos de una misma familia -véase el caso de las familias reconstituidas en las que conviven hijos comunes y no comunes-[183]. Sin embargo, la situación de los hijos de la familia en Estados Unidos y en España no parece ser equivalente, por lo que en principio no hay razón para pensar que en las familias españolas se den desigualdades entre los hijos. En general, el imperativo del artículo 39.2 CE se cumple, y no deben confundirse las desigualdades injustificadas (que conculcarían los arts. 14 y 39.2 CE) con divergencias lógicas derivadas de la

[180] Censos de Población y Viviendas de 2011 (nota de prensa de 12 de diciembre de 2013). Consultado en https://www.ine.es/prensa/np824.pdf el 24/07/2020.

[181] Datos combinados de la Encuesta Continua de Hogares del año 2019 y los Censos de Población y Viviendas de 2011.

[182] SERNA MEROÑO, E. *La reforma de la filiación… op. cit.*, p. 164. También, en similar sentido, STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 34, que reconoce la idoneidad de la familia de hecho para desempeñar las mismas funciones que la familia matrimonial -o *legittima* en la doctrina italiana-, sin que ambas resulten opuestas.

[183] Un sector doctrinal ha resaltado las desventajas que se producen en relación a los hijos dentro de las familias constituidas sobre la base de la convivencia, del tipo que sean, en la sociedad estadounidense. De hecho, a pesar de la desigualdad que afrontan los hijos no comunes de las familias reconstituidas de base matrimonial, aún es mayor si no media matrimonio -*v. gr.*, existen mayores dificultades para adoptar al hijo de la pareja, desventajas en el ámbito sucesorio o en el sistema de Seguridad Social-. Todo ello se extrae del estudio de BOWMAN, C.G., "The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20, 2012, pp. 437-465. La autora ha demandado un trato igualitario para los hijos de ambos tipos de familia. Se debe proteger a todos los hijos que conviven en una familia y no sancionarlos porque sus progenitores hayan decidido no casarse (pp. 453, 458 y 465).

naturaleza de las relaciones entre progenitor e hijo, de un lado, y entre cónyuge no progenitor e hijo no común, de otro lado.

No obstante, debe hacerse una matización sobre las uniones que aquí que analizan: como han señalado algunos autores, la expresión "de hecho" que viene unida a la denominación de estas parejas no siempre se utiliza correctamente. Por un lado se hallan las uniones estrictamente de hecho, que no requieren de forma alguna para su constitución y que, por lo general, carecen de efectos legales -aunque no siempre- y, por otro lado, se encuentran las llamadas "parejas de derecho no matrimoniales"[184], que son uniones que, como las anteriores, se basan en la convivencia, pero requieren de su inscripción en el correspondiente registro de parejas, a la que el derecho ha otorgado ciertos efectos jurídicos.

2.1. Familias derivadas de la unión de hecho entre personas de distinto sexo

Son las familias formadas por la convivencia en pareja entre un hombre y una mujer y, de haberlos, sus hijos comunes[185]. Esto significa que carecen de una constitución formal.

Se debe recordar, como se sostuvo a propósito de la familia plural, que la diferencia entre matrimonio y unión de hecho se encuentra, para algunos autores, en el fundamento de ambas: el primero se basa en "la declaración formal de contraer un vínculo" y la segunda lo hace en la "voluntad constante de convivencia"[186]. O, visto

[184] ASUA GONZÁLEZ, C.I. "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *op. cit.*, p. 12. Otros autores se han referido a estas uniones con la expresión "convivencia institucionalizada", en contraposición a las "parejas estables de hecho". Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La familia y el parentesco", *op. cit.*, p. 10; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Familia y las relaciones de convivencia", *op. cit.*, p. 21; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Família y famílies", *op. cit.*, p. 15; también "parejas estables no matrimoniales «institucionalizadas»" o, simplemente, "parejas estables «institucionalizadas»" por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables", en LASARTE ÁLVAREZ, C., CERVILLA GARZÓN, M.D. *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018, pp. 806 y 814.

[185] También pueden comprender hijos propios de uno o ambos miembros de la pareja, lo que supondría otro tipo de familias reconstituidas diferente al analizado *ut supra*. No obstante, y al igual que se hizo a propósito de las familias matrimoniales, las reconstituidas sobre la base de la convivencia se exponen aparte.

[186] *Vid. supra* p. 25.

desde otra perspectiva, el matrimonio conforma una relación jurídica entre los cónyuges y la unión de hecho una situación fáctica -la cohabitación-[187].

Existen, según una clasificación, dos tipos de familias de hecho: en la primera, los miembros de la pareja estable se inscriben como tal en un registro habilitado al efecto; en la segunda, la pareja opta por no formalizar su situación a pesar de su estabilidad. A su vez, esta decisión puede significar un rechazo a la institución matrimonial o simplemente una fase temporal previa al matrimonio.

En 2019 el porcentaje de parejas heterosexuales (matrimoniales o no) en España fue del 99,1% sobre el total, y el de parejas de hecho (hetero u homosexuales) del 15,7%[188].

Desde el punto de vista sociológico, cierta doctrina señala como factores que favorecen la formación de estas familias los siguientes: factores económicos, sociales o legales que dificultan o imposibilitan el acceso de sus miembros al matrimonio, normalmente de clases desfavorecidas; la ideología de los integrantes de esta unión afectiva, y la voluntad de una convivencia previa a una futura unión conyugal[189].

En este tipo de familias, las relaciones verticales, es decir, las relaciones que se dan entre progenitores e hijos, reciben el mismo tratamiento jurídico que en los modelos familiares de base matrimonial por mandato del artículo 39.2 CE. Por tanto, en el orden civil de familia se aplican los artículos 154-168 CC a las relaciones parentofiliales y los artículos 169-171 CC a la extinción de la patria potestad.

El problema viene servido a propósito de las relaciones horizontales, tanto en su aspecto interno como externo: esto es, las relaciones entre los componentes de la pareja y la proyección de esa relación frente a terceros. Las primeras pueden ser resueltas con base en el principio de igualdad (cfr. art. 14 CE), pero la segunda

---

[187] Son sus notas definitorias, con independencia de que el deber de convivencia sea también un deber conyugal. *Vid*. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. "La conversión de la pareja estable en matrimonio", en CUADRADO IGLESIAS, M., NÚÑEZ BOLUDA, M. (Dirs.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo,* vol. 2, Madrid, La Ley, 2015, p. 1806.

[188] Encuesta Continua de Hogares, año 2019, INE. El problema de los datos ofrecidos por el INE radica, tanto en la Encuesta Continua de Hogares como en el Censo de Población y Viviendas, en que distingue entre parejas de hecho y de derecho, de un lado, y parejas homosexuales y heterosexuales, de otro; pero no aporta datos combinados.

[189] FLAQUER, L. "¿Hogares sin familia o familias sin hogar?", *Papers. Revista de Sociología,* nº 36, 1991., p. 67.

cuestión es donde mayor es el abismo entre las uniones de hecho y las matrimoniales[190].

Se debe recordar en este punto que, mientras que la institución matrimonial viene constitucionalmente garantizada, el desarrollo normativo de otro tipo de familias atañe al legislador del modo que éste crea conveniente. Sin embargo, el legislador estatal no ha procedido a una regulación plena y sistemática de las parejas estables no matrimoniales, sino que se ha limitado a introducir algunas normas en determinados ámbitos materiales. Éstas son: el establecimiento como causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria el hecho de "vivir maritalmente con otra persona" (cfr. art. 101.1.º CC); la posibilidad de adoptar a las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal (cfr. art. 175.4 y 5 CC); entre las causas que facultan al mayor de dieciséis años para solicitar la emancipación de sus progenitores, el hecho de que el titular de la patria potestad se una en matrimonio o conviva maritalmente con alguien que no sea su otro progenitor (cfr. art. 320.1 CC); entre los motivos de extinción de la facultad de mejorar a descendientes comunes delegada por el causante a su cónyuge, el haber pasado "a relación de hecho análoga" al matrimonio (cfr. art. 831.5.º CC); la apertura de la adopción de forma conjunta a las parejas de hecho heterosexuales (cfr. DA tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción[191]); la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, por la que se da publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor[192], que asimila las relaciones de

[190] VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. "Familias matrimoniales y no matrimoniales", en LÓPEZ Y LÓPEZ A.M., MONTÉS PENADÉS V.L., ROCA I TRÍAS E. (Coord.), *Derecho de familia, op. cit.*, p. 32. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que las soluciones aplicables a las familias de hecho responden más a las soluciones previstas para los problemas que surjan de las relaciones de cónyuges con terceras personas que a las contempladas para las relaciones entre los propios cónyuges. Así, ROCA I TRÍAS E., "Propuestas de regulación en el derecho de familia: tendencias de los países europeos y opciones legislativas en nuestro ordenamiento", en VILLAGRASA ALCAIDE C., (Coord.), *El Derecho europeo ante la pareja de hecho. La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 92.

[191] B.O.E. núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, pp. 34158-34162.

[192] B.O.E. núm. 60, de 11 de marzo de 1991, pp. 8135-8155. Hoy día es el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004, pp. 36662-36695) el que asimila la pareja estable al cónyuge viudo en sus artículos 36.2 y 60, y el último baremo aplicable es el aprobado mediante Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE núm. 81, de 4 de abril de 2019, pp. 35034-

derecho y las de "convivencia de hecho consolidadas" a efectos de aplicación de la tabla que fija las indemnizaciones por causa de muerte; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos[193], que posibilita la subrogación del conviviente estable, con independencia de la orientación sexual de la pareja, en el contrato de arrendamiento de vivienda si el arrendatario no quiere renovar, desiste del contrato o abandona el hogar -deben llevar al menos dos años de convivencia o tener algún hijo común- (cfr. art. 12.4.º); asimismo, la LAU permite la subrogación del conviviente, con las mismas condiciones anteriores, pero por causa de muerte (cfr. art. 16.1.b), faculta para la realización de obras o modificaciones en el interior de la vivienda para adaptarla a la discapacidad o edad avanzada del conviviente estable o de alguno de sus familiares que conviva con la pareja (cfr. art. 24.1.º) y reconoce al conviviente de hecho los mismos derechos de subrogación de los que se beneficia el cónyuge del arrendatario para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes de 9 de mayo de 1985 (DT segunda); la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad[194], a cuyos efectos equipara las figuras del cónyuge y pareja estable, homo u heterosexual (cfr. art. el art. 2.2.º), y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[195], que equipara la pareja estable al cónyuge en cuanto a la posibilidad de prestar el consentimiento para que su pareja pueda ser fecundada con su material genético durante los doce meses siguientes a su muerte (cfr. arts. 8.2 y 9.3).

Esta regulación diseminada muestra cómo no todos los ámbitos del ordenamiento jurídico entienden lo mismo por unión estable. A estos efectos, se han señalado diversas notas o elementos que deben concurrir para apreciar la existencia de una pareja estable[196], como la estabilidad, la convivencia, el afecto, el estado civil de soltero o divorciado; incluso se ha requerido la heterosexualidad o su inscripción

---

35035), cuyas tablas indemnizatorias pueden consultarse a través del sitio web http://www.dgsfp.mineco.es/es/Paginas/Baremos_Autos.aspx.

[193] B.O.E. núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, pp. 36129-36146.

[194] B.O.E. núm. 129, de 31 de mayo de 1995, pp. 15801-15802.

[195] B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956.

[196] La STS 469/1992 (Sec. 1.ª), de 18 de mayo de 1992, Roj: STS 3961/1992, postula una serie de requisitos en relación a la convivencia *more uxorio*: la convivencia diaria y estable, la permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, la publicidad y externalización de la relación y, con todo ello, la creación de una vida en común, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar (FD 4º).

en un registro establecido a tal fin. Una futura ley estatal sobre convivientes de hecho ayudaría, puesto que delimitaría su ámbito de aplicación personal.

Se ha señalado que el tratamiento jurídico de la unión de hecho debe reunir las soluciones de varios ámbitos del derecho[197].

Supone una clara desventaja que el legislador no se decida por elaborar una regulación completa en derecho familia para este tipo de familias, pues a los problemas que de ellas surjan no podrá darse solución; se producirá el simple desconocimiento de derechos y obligaciones de cada uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, no parece que deba ocurrir lo mismo cuando se trate de problemas referentes a los hijos, en respeto del artículo 39.2 CE. Si en estas familias se da identidad de razón, tal vez pueda aplicarse la analogía. En este sentido, un sector de la doctrina científica ha sostenido que la identidad de razón puede justificar la integración de lagunas en algunos aspectos con las normas referentes al matrimonio, sin apostar por una aplicación de normas "en bloque", sino por servirse de principios o tal vez aplicar una norma en particular si se da una identidad de razón[198].

Se puede pensar que, de hecho, equiparar completamente ambas instituciones podría socavar el contenido esencial del artículo 32 CE si con ello no se respetan los dos parámetros jurisprudenciales: que el matrimonio siga siendo identificable y que no se impida u obstaculice el ejercicio del derecho a contraer matrimonio. Además, la deferencia al libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE) casa a la perfección con el pluralismo -disponer de una pluralidad de opciones-.

En este punto, conviene referirse a la postura adoptada por la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo de las últimas décadas[199]. A modo de conclusión, se

---

[197] VILLAGRASA ALCAIDE C., "Introducción: ¿derechos de familia y familias sin derechos?", en VILLAGRASA ALCAIDE C., (Coord.), *El Derecho europeo ante la pareja de hecho. La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno,* Barcelona, Cedecs, 1996, p. 19. El autor indica la trascendencia de esta materia sobre el derecho financiero, tributario y presupuestario.

[198] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "23 de julio de 1993. Parejas de hecho, no aplicación del régimen de gananciales", *op. cit.*, pp. 989-990.

[199] En realidad, se trata de posturas en plural y las mismas han sido resumidas en la STS 611/2005 (Sec. 1.ª), de 12 de septiembre de 2005, Roj: STS 5270/2005. Así, señala la Sección 1.ª que "La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio" ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos ("falta concludentia"), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (ad ex. Sentencia 4 junio 1.998) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1.992, 18 febrero 1.993,

manifiesta que el criterio jurisprudencial de la Sala es, la mayoría de las veces y en lo que atañe a la compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas *more uxorio,* el recurso a la técnica de la doctrina del enriquecimiento injusto[200]; en segundo lugar, la de la protección del conviviente mas perjudicado por la situación de hecho; seguidamente, la de la aplicación del artículo 97 CC por analogía y la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual y, finalmente, la de la disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.

Conviene detenerse acerca de la postura del TS en relación a la aplicación analógica de las normas del matrimonio. Se encuentran decisiones que aplican la analogía y otras que no lo hacen, pero reconocen que es posible en algunos casos. Así, en un supuesto se pretende la aplicación analógica -en virtud del art. 4 CC- del artículo 1396 CC, relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales y previsto para el matrimonio a una pareja de hecho[201]. El mismo Tribunal determina que, si bien matrimonio y unión de hecho no son supuestos iguales, es posible hacer uso de la analogía en estos casos cuando se dé una identidad de razón. Sin embargo, no aprecia que en el caso de autos sea así, entre otras razones porque la unión de hecho no crea un estado civil nuevo o no se requieren los requisitos para su disolución que

---

18 marzo 1.995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1.994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1.986 , que aplica el principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho, en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1.992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1.996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1.902 CC, en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4º.1, ambos del Código Civil , por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1.998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2.001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2.003; 27 de marzo de 2.001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2.001 y 16 de julio de 2.001 [*sic*], sobre aplicación analógica del art. 97 CC" (FD 2). Con esta última sentencia, el TS se refiere a la STS 749/2002 (Sec. 1.ª), de 16 de julio de 2002, Roj: STS 5840/2001.

[200] El TS apoya la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una indemnización a las uniones de hecho, entre otras, en la STS 1149/1992 (Sec. 1.ª), de 11 de diciembre de 1992, ROJ: STS 17044/1992, FD 4º. Los presupuestos que exige la jurisprudencia del TS para su apreciación son: a) incremento patrimonial del enriquecido; b) empobrecimiento correlativo de quien lo invoca; c) carencia de justa causa de tales circunstancias, y d) carencia de norma jurídica que rechace la aplicación de este principio general del derecho.

[201] STS 764/1993 (Sec. 1.ª), de 22 de julio de 1993, Roj: STS 5639/1993.

se prevén para el matrimonio, y tampoco se vulnera el artículo 14 CE ya que estos sujetos no se hallan en la misma situación que los unidos en matrimonio[202].

Por otro lado, están las decisiones que aplican la analogía al supuesto del que conocen[203]. En un supuesto concreto[204], para el caso de una unión de hecho cuya

[202] FD 4.º. En este sentido, el TS cita la STC 142/1988 (Pleno), de 12 de julio de 1988, ECLI:ES:TC:1988:142 (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988), como referente en la interpretación que debe hacerse del artículo 14 CE. El principio de igualdad garantizado en la norma constitucional exige que los sujetos estén en la misma situación para la que se ha previsto el precepto legal, esto es, que no se produzca una discriminación por motivo que no esté presente en la norma. También la STS 948/1994 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 1994, Roj: STS 6709/1994, sigue la anterior doctrina en un supuesto en el que se solicitaba el uso y disfrute de la vivienda familiar y una pensión por desequilibrio económico post ruptura, mencionando, además de la posibilidad de aplicar la analogía de algunos preceptos, la facultad de reclamar por, por ejemplo, haber contribuido en la producción de un patrimonio o con base en el enriquecimiento injusto (FD 1º). Del mismo modo, mediante STS 1181/1994 (Sec. 1.ª), de 30 de diciembre de 1994, Roj: STS 9268/1994, el TS rechaza la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 CC sobre la asignación del uso de la vivienda familiar y el derecho a recibir una pensión compensatoria previstos para los casos de disolución o separación matrimonial a una pareja no casada que había convivido durante veintitrés años y tenían un hijo en común (FD 2º). De este modo, el Alto Tribunal comparte el criterio del Juzgado de primera instancia y sigue la doctrina fijada en la citada STS 764/1993, de 22 de julio de 1993, y rechaza la decisión de la Audiencia Provincial que, habiendo hecho una interpretación muy tuitiva, citando el artículo 39 CE que no distingue entre familia basada en el matrimonio y familia fundada en la convivencia, consideraba aplicable la analogía al caso por presentar los "rasgos básicos de la familia", a salvo la formalización del vínculo. Además, el Tribunal expone claramente que la falta de regulación de la convivencia de hecho no significa que haya un vacío legal con necesidad de ser llenado mediante el recurso a la analogía, precisamente por el respeto a la libertad del individuo de no someterse a determinada institución jurídica y, por tanto, a que no se le apliquen sus consecuencias. Por otro lado, aunque en materia sucesoria, resulta significativa la STS 622/2016 (Sec. 991.ª), de 19 de octubre de 2016, Roj: STS 4525/2016, que decide un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que resuelve, asimismo, un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Osuna recaída en un proceso en el que se pide la declaración de nulidad de dos testamentos. Los testamentos en cuestión habían sido otorgados en presencia de los dos testigos que exige la ley, uno de los cuales mantenía una relación *more uxorio* con la constituida heredera. La actora, nieta de los testadores, entre otros argumentos, considera a este testigo inidóneo, por asimilable conforme a la realidad social actual, por analogía, al cónyuge del heredero, que es una de las personas afectadas por la prohibición para ser testigo del artículo 682 CC. Se le da la razón en primera instancia y se declara la nulidad de ambos testamentos, pero, en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia anterior. El motivo es que los testamentos fueron otorgados ante Notario, que consideró capaces a los testadores, y frente a otro testigo de quien no se puede hacer tacha alguna. No debe, además, realizarse una interpretación analógica de un artículo como el 682 CC puesto que contiene prohibiciones al ejercicio de un derecho, lo que contraviene el artículo 4 CC y el deber de respetar la voluntad del testador (art. 675 CC) - SAP Sevilla (Sec. 8.ª), de 20 de febrero de 2014, Roj: SAP SE 921/2014, FD 2º-. El Tribunal Supremo, en mi opinión con acierto, inadmite a trámite el recurso extraordinario por infracción procesal y desestima el recurso de casación. Estima que no se pueden identificar ambas instituciones -matrimonio y unión de hecho- porque el legislador no ha procedido a equipararlas a todos los efectos. Más aún, resalta que ni siquiera existe una legislación estatal sobre parejas de hecho y, peor, existen muchas autonómicas de diferente alcance, por lo que no hay uniformidad. Además, en una reforma operada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, se pudo modificar la redacción del artículo 682 CC y no se hizo. Por último, estima la prevalencia del principio de *favor testamenti*.

convivencia inicia bajo promesa de matrimonio, la Sala reconoce la aplicación del artículo 1902 CC para la fijación de una indemnización -donde no se incluye el daño moral por la no celebración del matrimonio ya que tal circunstancia no es susceptible de indemnización según precepto alguno-; reitera el parecer de la Sala sobre la no aplicación analógica del régimen económico matrimonial de gananciales a las uniones *more uxorio*[205], pero considera acertado el recurso a la analogía, en el supuesto analizado, para asignar el uso y disfrute de la vivienda familiar en virtud del artículo 96 CC, por ser ésta lugar donde los miembros que componen la familia se desarrollan y realizan sus necesidades más elementales y donde ven protegida su intimidad, pero sobre todo por ser lugar inexcusable de protección y educación a los hijos, y en este caso los había.

Sin embargo, luego, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que no procede la aplicación de la analogía *legis* de las normas matrimoniales a las uniones de hecho[206], una vez aprobados el matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio sin causa. Así lo ha fijado en un caso, donde al hilo de la doctrina constitucional sobre el hecho de que matrimonio y unión de hecho son realidades diferentes[207], afirma que hoy día, "con la existencia jurídica del matrimonio

---

[203] Son otras decisiones que apoyan la aplicación analógica del artículo 97 CC a las parejas extramatrimoniales las SSTS 700/2001 (Sec. 1.ª), de 5 de julio de 2001, Roj: STS 5840/2001, 327/2001 (Sec. 1.ª), de 27 de marzo de 2001, Roj: STS 2513/2001, y 749/2002 (Sec. 1.ª), de 16 de julio de 2002, Roj: STS 5840/2001, para reconocer el derecho a una pensión por desequilibrio económico tras la ruptura de la pareja, con base en que lo contrario supondría la conculcación del artículo 14 CE, pues al existir autonomías que han regulado la unión estable y otras que no lo han hecho, los sometidos a estas últimas estarían condenados a alegar enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa, cuya aplicación en estos casos ha sido criticado por la doctrina en no pocas ocasiones -STS 700/2001, de 5 de julio de 2001, FD 4º-.

[204] La STS 1085/1996 (Sec. 1.ª), de 16 de diciembre de 1996, Roj: STS 7256/1996, FD 6.º y 7.º.

[205] *Vid*. SSTS 913/1992 (Sec. 1.ª), de 21 de octubre de 1992, Roj: STS 7878/1992, 27 de mayo de 1994, 790/1998 (Sec. 1.ª), de 23 de julio de 1998, Roj: STS 4979/1998, y 8/2001 (Sec. 1.ª), de 22 de enero de 2001, Roj: STS 295/2001.

[206] Otras sentencias que la han rechazado la analogía por otros motivos. En este sentido, parece oportuno traer a colación la doctrina fijada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en varias sentencias (SSTS 1181/1994, de 30 de diciembre de 1994, citada; 1182/1994 (Sec. 1.ª), de 30 de diciembre de 1994, Roj: STS 21858/1994, y STS 764/1993, de 22 de julio de 1993, citada, que supone el rechazo de la aplicación analógica de ciertos artículos sobre régimen económico matrimonial o nulidad, separación y divorcio, entre otros, a las parejas extramatrimoniales, ya que al no apreciar aplicación de la igualdad por ser situaciones distintas, conjetura que la aplicación de la analogía en estos supuestos podría significar un quebrantamiento del artículo 1.6º CC, que no autoriza la producción del derecho por parte de los tribunales.

[207] La citada STS 611/2005, de 12 de septiembre de 2005, FD 3.º.

homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias"[208]. No obstante, si bien la Sala rechaza las pretensiones de la actora por no considerarla dentro del supuesto, rechaza la aplicación de los artículos 96, 97 y 98 CC por analogía *legis* a la unión de hecho y estima la aplicación de la analogía *iuris* de modo que a partir de un conjunto de normas se extraiga un principio general del derecho -que se aplicaría en virtud del art. 1.1 CC-, lo que le lleva a aplicar la teoría del enriquecimiento injusto, figura contenida en los artículos 10.9 y 1887 CC, como cláusula de cierre[209].

Algunos autores han destacado la improcedencia de aplicar la analogía a estos supuestos de hecho desde el punto de vista técnico y han propuesto, en su lugar, el empleo de los principios generales del derecho para resolver cada caso concreto. No obstante, también reconocen la posibilidad que tiene el legislador de dotarlas de una regulación propia, distinta de la existente para el matrimonio[210].

Sin embargo, no se puede entender como discriminatorio el trato normativo que reciben las parejas de hecho con respecto a las matrimoniales, ya que son de naturaleza distintas[211]. Se trata de no aplicar a un grupo unas reglas a las que el mismo no ha querido someterse[212]. Sería su aplicación, y no al contrario, una falta de respeto a la decisión libremente tomada -autonomía de la voluntad- por una unión de hecho de no encomendarse a las normas especiales del derecho de familia, esto es,

---

[208] Del mismo modo, han seguido esta doctrina las SSTS 927/2005 (Sec. 1.ª), de 5 de diciembre de 2005, Roj: STS 7435/2005, FD 17º, 1048/2006 (Sec. 1.ª), de 19 de octubre de 2006, Roj: STS 6421/2006, FD 2º, 299/2008 (Sec. 1.ª), de 8 de mayo de 2008, Roj: STS 2187/2008, FD 2º, 1040/2008 (Sec. 1.ª), de 30 de octubre de 2008, Roj: STS 7175/2008, FD 3º, 690/2011 (Sec. 1.ª), de 6 de octubre de 2011, Roj: STS 6227/2011, FD 3º y 713/2015 (Sec. 1.ª), de 16 de diciembre de 2015, Roj: STS 5683/2015, FD 4º.

[209] STS 240/2008 (Sec. 1.ª), de 27 de marzo de 2008, Roj: STS 4306/2008, FD 3º y 5º (supuesto en que niega a la unión de hecho la aplicación analógica de las normas del matrimonio relativas a los regímenes económico-matrimoniales y a la legítima del cónyuge viudo), y 690/2011 (Sec. 1.ª), de 6 de octubre de 2011, Roj: STS 6227/2011, FD. 3º (donde rechaza la aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial, concretamente, sobre la atribución del uso de la vivienda)-.

[210] ACUÑA GUIROLA, S. *"El derecho a contraer matrimonio…, op. cit*., p. 233. En similar sentido, también se ha afirmado que la solución a este problema corresponde, no al poder judicial, sino al legislativo. Así, ROCA I TRÍAS, E., "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1087.

[211] ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit*, pp. 84 y 130; en sentido similar, ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit.*, p. 1079.

[212] En este sentido, BURTON, F. *Family Law, op.cit.*, p. 38.

una violación al principio de libertad matrimonial. Por tanto, en principio, a estas parejas se les aplica las normas del sistema general[213].

No obstante, también ha sido puesto de relieve que la actitud del legislador estatal hasta ahora -consistente en reconocer bastantes efectos jurídicos a las parejas estables, pero sin dotarlas de un marco jurídico uniforme y pleno- roza la "inconstitucionalidad por omisión", al menos en el ámbito civil[214]. En mi opinión, si se protege a todos los grupos en los que pueden insertarse las personas para la consecución de sus derechos fundamentales y libertades públicas (cfr. art. 9.2 CE) -y ello incluye los grupos familiares- y si la familia puede serlo de hecho, no parece casar con la CE 1978 el no proveer a estos grupos familiares de una regulación concreta, si bien distinta -adecuada a su idiosincrasia- de la dispuesta para la familia de base matrimonial. Ello significaría poner trabas a la consecución de los derechos fundamentales y libertades públicas de los individuos que componen estos grupos familiares, y más cuando precisamente el art. 9.2.º CE vislumbra la protección de estos grupos como uno de los medios más aptos para lograr la consecución de los derechos y libertades del individuo en el sentido del artículo 10.1.º CE.

---

[213] *Vid*. ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit*, p. 131; en un sentido similar, ROCA I TRÍAS, E. "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit*, p. 1078; también en este sentido, ROCA I TRÍAS, E. "Constitució i família", *op. cit*., p. 299. ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social… op. cit*, p. 85.

[214] Así, GARCÍA RUBIO, M.P. "Las parejas de hecho en el derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego", *Dereito*, vol. 16, núm. 1, 2007, p. 192; en sentido parecido, ID. "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en TORRES GARCÍA, T.F. *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, *op. cit.*, pp. 40-42, y ID. "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, p. 120 -lo que la autora ha llamado situación de "inconstitucionalidad de hecho"-. No obstante, aprecia la autora que el legislador dispone de diversas opciones desde el punto de vista constitucional -ID. "Parejas de hecho y lealtad constitucional", *op. cit*., p. 42-, pero considera necesaria y apremiante la regulación estatal de estas parejas - ID. "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *op. cit*., p. 122- y tiene claro que el legislador falta al principio de lealtad constitucional al no legislar sobre materias que son de su competencia exclusiva -ID. "Parejas de hecho y lealtad constitucional", *op. cit*., pp. 59-61- pues, entre otras cuestiones, es el único que puede legislar sobre estas parejas en el ámbito de las comunidades autónomas que no tienen competencia propia, o en las demás por cuanto el Estado es quien tiene la competencia en materia procesal o para establecer normas que resuelvan los conflictos de leyes -pp. 58-59-; también en ID. "Las parejas de hecho en el derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego", *op. cit*., p. 197. En esta línea, otro sector doctrinal sostiene que, en función de las obligaciones prescritas por la Constitución española a los poderes públicos en los artículos 9.2 y 39.1 CE, éstos, y en primer lugar los que tienen competencias legislativas, están forzados a elaborar una regulación que desarrolle los aspectos contenidos en los artículos 32.2 y 39 CE -ROCA I TRÍAS, E., "Familia, familias y derecho de la familia", *op. cit*, p. 1066-.

Por su parte, los órganos legislativos de las comunidades autónomas deben respetar la distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución. Entre las materias reservadas en exclusiva al Estado se encuentra la legislación civil referente a las "relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, (y) bases de las obligaciones contractuales" (cfr. art. 149.1.8.º CE). Esta distribución de competencias no se ha acatado, pues se ha convertido en una cuestión política.

Por otra parte, se debe recordar que, pese a la inactividad del Estado en esta materia, todo el texto constitucional tiene valor normativo directo. Así lo ha señalado un sector autorizado de la doctrina, con fundamento en el artículo 9.1 CE -"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"-. Indica que todos sus artículos tienen valor normativo y, por tanto, el aplicador del derecho no puede distinguir entre preceptos de aplicación directa y otros con mero carácter programático[215]. Ello significa que la protección del artículo 39.1 CE a todas las familias no necesita de más regulación o desarrollo para ser inmediatamente cumplida[216].

Algunos autores han propuesto la suma de tres "vías" para regular estas uniones estables y, de este modo, proteger a las partes -sobre todo a la más débil-, a terceros y el propio interés público: son la vía judicial, contractual y legislativa[217] o, dicho de otro modo, la regulación de esta materia debe completarse a través de la jurisprudencia, la autonomía de la voluntad y el derecho positivo.

Previamente, debe analizarse la situación jurídica actual de las parejas estables en España. Tras una primera fase de creación de registros administrativos de parejas estables por algunos ayuntamientos y comunidades autónomas, desde 1998 se

[215] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La Constitución como norma jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, nº 2-3, 1979, pp. 329-330. En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Derecho de familia y sociedad democrática", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 2004, núm. 702, p. 317.

[216] Esto se completa con el apartado primero del artículo 53 CE, que preceptúa que todos los poderes públicos quedan vinculados a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo segundo del Título primero, y que será a través de la ley y sólo así que se podrá reglar el ejercicio de aquéllos. Añade que su protección se hará del modo que prevé el artículo 161.1, a) CE, esto es, el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y demás normas con fuerza de ley.

[217] GÓNZALEZ AUDICANA J.M., "Las uniones de hecho en el derecho comparado… *op. cit.,* pp. 125-127.

vienen promulgando leyes autonómicas en materia de parejas de hecho[218]. Su constitucionalidad ha sido puesta en entredicho, mas esta iniciativa legislativa podría deberse al intento frustrado del poder legislativo central de establecer una regulación de las uniones de hecho a nivel nacional[219].

En el ámbito autonómico se puede clasificar la normativa en torno a dos criterios: el de la regulación de los efectos civiles, entre otros, de la pareja estable y el de la mera ordenación de los registros administrativos de parejas estables[220]. Al mismo tiempo, dentro del primer tipo de normas, que son leyes, es posible diferenciar entre las que establecen un sólido marco jurídico para las uniones estables y las que sólo otorgan determinados efectos civiles y/o de derecho público a estas parejas[221].

---

[218] Estos registros de carácter administrativo se crean debido a que estas parejas no tienen acceso al Registro civil por no comportar una modificación del estado civil de sus integrantes. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., CORDERO CUTILLAS, I. "Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española", en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, *op. cit.*, p. 4784. Se han señalado entre las diferencias de estos registros administrativos y los registros civiles las siguientes: la eficacia de los primeros es inter partes y viene limitada por las normas que los regulen, mientras que la de los segundos da fe pública registral y está amparada por los tribunales. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables", *op. cit*., pp. 799 y 809.

[219] *Vid*. SERNA MEROÑO E., ''El principio de igualdad en la familia*'', Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 2010, nº 44, pp. 150-151.

[220] No obstante, esto en cuanto al ámbito privado, ya que las comunidades autónomas también disponen de un sistema fragmentario -no unitario- por cuanto tienen normas fiscales, etc. fuera de estas leyes.

[221] Las leyes autonómicas que, actualmente, se encuentran vigentes en España son: los artículos 234-1 a 14 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia -dedica el Capítulo IV del Título III a la "Convivencia estable en pareja"-; los artículos 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas -dedica el Título VI del Libro II a "las parejas estables no casadas"-; las leyes 106 a 113 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra -dedica el Título VII de su Libro I a la regulación "De la pareja estable en Navarra" [Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o "Fuero Nuevo" (en adelante, FN -Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973)], tras la reforma operada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación [BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019]-; la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho [BOPV núm. 100, de 23 de mayo de 2003, pp. 9180-9190; BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2011, pp. 125606-125614. Esta Ley ha sido ligeramente modificada por la DA 2.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp. 62312-62346) para su adecuación a la misma]; la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables [BOIB núm. 156, de 29 de diciembre de 2001,

Una posible falta de constitucionalidad de estas leyes puede deberse a tres factores:

- la carencia de competencias en materia civil de algunas autonomías;

- la extralimitación de competencias (y, en consecuencia, invasión de las estatales) por las autonomías con capacidad para legislar en materia civil, y

- la conculcación de derechos, libertades o principios garantizados en la Constitución española.

En este sentido, la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, ha visto afectado su contenido, pues se han declarado nulos algunos de sus artículos en virtud del fallo del TC[222], entre otras cuestiones porque se trataba de una norma de marcado carácter imperativo, ya que imponía un verdadero estatuto jurídico *ex lege* a las parejas de hecho que reunieran una de las dos circunstancias a que se refería su ámbito de aplicación subjetivo, aunque aquéllas no hubieran querido someterse al mismo -lo cual vulnera el art. 10.1 CE- (FJ 9º)[223]; la Ley madrileña 11/2001, de 19 de

---

pp. 21108-21110; BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 1960-1962]; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid [BOCM núm. 2, de 3 de enero de 2002, pp. 3-5; BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2002, pp. 8844 a 8846]; la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria [BOCT núm. 98, de 24 de mayo de 2005, pp. 5639-5643; BOE núm. 135, de 7 de junio de 2005, pp. 19195-19199]; la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura [DOE núm. 42, de 8 de abril de 2003, pp. 5396-5399; BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003, pp. 17653-17655], la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana [DOCV núm. 6884, de 18 de octubre de 2012, pp. 28991-28997; BOE núm. 268, de 7 de noviembre de 2012, pp. 78079-78086] y la Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia [BORM núm. 154, de 6 de julio de 2018, pp. 18130-18135; BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018, pp. 76345-76350].

[222] STC 81/2013, de 11 de abril de 2013, citada.

[223] En este sentido, un sector de la doctrina ha puesto de relieve que, si bien el TC no ha llegado a conocer sobre la constitucionalidad de la ley catalana de parejas estables de 1998 -hoy derogada y recogido su contenido en el Libro segundo del CCCat.-, la doctrina sentada por esta Sentencia a propósito de la ley navarra, es reveladora a aquellos efectos, dada la homogeneidad entre algunos artículos de la norma catalana y los artículos derogados de la ley navarra, ya que la inconstitucionalidad de ésta se debe, sobre todo, a la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE al establecer un marco normativo a aplicar a toda pareja que cumpliera los requisitos que la ley establecía de forma automática, prescindiendo de la voluntad de sus miembros de someterse al mismo. La normativa catalana recoge tres situaciones en que se entiende constituida una pareja estable: una voluntaria -los miembros de la pareja formalizaban la misma en escritura pública- y dos automáticas -el transcurso de dos años de convivencia como pareja, o menos tiempo si hay descendencia común, pero la convivencia es necesaria- (art. 234-1 CCCat.). Esta autora, además de

diciembre, ha sido alterada por la jurisprudencia constitucional[224], y posteriormente[225], ha derogado en parte el contenido de la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, sobre la cual, anulados diversos artículos por motivos de constitucionalidad, se declara que algunos preceptos no vulneran el principio de libre desarrollo de la personalidad -motivo esgrimido por el Abogado del Estado-, ya que en todo caso la pareja debe inscribirse como tal para que se apliquen los efectos correspondientes, lo cual constituye prueba de su voluntad de someterse (FJ 8º)[226].

Se debe mencionar que, por lo general, en los derechos autonómicos son válidos los pactos entre los miembros de la pareja, lo cual es lo más respetuoso y justo con la naturaleza de este tipo de uniones. De este modo, se ha observado cómo han devenido inconstitucionales las normas que establecían un preceptivo estatuto jurídico, aunque lo sea a falta de pacto. En cualquier caso, esos pactos deben respetar los derechos que son irrenunciables por las partes cuando las normas jurídicas les

---

dejar claro la simetría entre los supuestos de constitución automática de la ley catalana y los de la ley navarra a efectos de inconstitucionalidad, sostiene que, en caso de no constar la voluntad de las partes, los efectos jurídicos de estas uniones habrían de ser los imprescindibles para evitar perjuicios al miembro más débil de la pareja llegada la ruptura. Así, SOLÉ RESINA, J. "Les unions estables de parella (I). Unions estables de parella heterosexuals", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Situacions de convivencia diferents del matrimoni: unions estables de parella, heterosexuals i homosexuals, ajuda mútua, acolliment de persones grans*, Barcelona, Cálamo, 2003, p. 31; SOLÉ RESINA, J. "LLiçó 15. La convivència estable en parella", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III: dret de familia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 189 y 191. No obstante, la misma autora, en otro trabajo, sostiene que, aunque los supuestos de constitución automática de la pareja de hecho comportan la atribución de determinados efectos jurídicos a quienes no los han buscado, la pretensión del legislador no es otra que la de proteger a los menores o al miembro más vulnerable de la pareja, ya que en el momento de la ruptura se presentan los mismos -o semejantes- enfrentamientos y problemas que se dan a propósito de una crisis matrimonial. Así, SOLÉ RESINA, J. "La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Actualidad civil*, nº 8, 2011, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTM0NzE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAa5E2MyAAAAA=WKE el 26/07/2020.

[224] STC 81/2013 (Pleno), de 11 de abril de 2013, ECLI:ES:TC:2013:81 (BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013).

[225] STC 110/2016, de 9 de junio de 2016, citada.

[226] A raíz de esta doctrina jurisprudencial, un sector de la doctrina científica ha costenido que, si bien las normas que se dicten con fines de "institucionalización" de la pareja estable deben precisar la voluntad de los miembros de la pareja para someterse al correspondiente régimen, el legislador tiene cierta autonomía para determinar la forma de acreditar dicha voluntad y si impone requisitos de forma o inscripción registral. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables", *op. cit.*, p. 808.

otorguen esta condición[227]. Se debe recordar, a este respecto, que el TS también ha admitido la validez de los pactos entre los miembros de la pareja[228].

Es importante mencionar que dichas leyes autonómicas sobre parejas estables son aplicables a las mismas con independencia de la orientación sexual de sus miembros, por lo que han de ser tenidas en cuenta también para el caso de parejas de hecho entre personas del mismo sexo. En este sentido, y desde hace tiempo, el Tribunal Constitucional viene afirmando que la Constitución española no imposibilita conceder efectos jurídicos a otros modelos familiares distintos del matrimonio, como las uniones de hecho[229].

En cuanto al contenido de estas leyes: la Ley 2/2003, del País Vasco, regula las parejas de hecho, pero ésta se completa con la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores[230]. El régimen de la ley de parejas de hecho sólo se aplica a las parejas inscritas en el registro (cfr. art. 2.2 Ley 2/2003). Estas parejas pueden concluir ciertos pactos de

---

[227] SOLÉ RESINA, J. "Las uniones no matrimoniales. Marco normativo actual… *op. cit*., p. 2355.

[228] A propósito de la citada STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, se ha afirmado que ''El estado puede establecer las condiciones para la adquisición del derecho a la pensión de viudedad y no se discrimina cuando no se reconoce al compañero sobreviviente de una pareja no casada. La autonomía de la voluntad es absoluta en el ejercicio del derecho de contraer matrimonio, aunque debe llevar a soportar las consecuencias del ejercicio o del no ejercicio de dicha libertad'' -ROCA I TRIAS, E. *Libertad y familia*, *op. cit*, p. 75-. En esta línea, algunos Tribunales -SAP Alicante 83/2005 (Sec. 6.ª), de 18 de febrero de 2005, Roj: SAP A 560/2005- han desestimado la aplicación analógica del régimen económico matrimonial de gananciales a supuestos de parejas de hecho cuando los integrantes de la misma no han querido contraer matrimonio con las consecuencias legales que le son inherentes, y más aún cuando no han acordado voluntariamente constituir una comunidad de bienes -DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., ARANA DE LA FUENTE, I. *Las nuevas estructuras familiares… op. cit.,* pp. 96-103-. En cuanto a esto último, el Alto Tribunal acepta desde hace mucho la validez de los pactos expresos entre los miembros de la pareja con el fin de constituir una comunidad ordinaria de bienes, o la apreciación de sus *facta concludentia* o "hechos concluyentes" ("aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común") para aplicarla -entre otras, 913/1992 (Sec. 1.ª), de 21 de octubre de 1992, Roj: STS 7878/1992, 894/1994 (Sec. 1.ª), de 11 de octubre de 1994, Roj: STS 6456/1994, 790/1998 (Sec. 1.ª), de 23 de julio de 1998, Roj: STS 4979/1998, 1048/2006 (Sec. 1.ª), de 19 de octubre de 2006, Roj: STS 6421/2006, y 416/2011 (Sec. 1.ª), de 16 de junio de 2011, Roj: STS 3634/2011. También ha admitido en alguna ocasión la existencia de una sociedad irregular de carácter mercantil, de mediar acuerdo expreso o tácito -*facta concludentia*, por haber derivado un patrimonio en común de la realización por ambos de actividades comerciales- entre las partes -STS 469/1992 (Sec. 1.ª), de 18 de mayo de 1992, Roj: STS 3961/1992-.

[229] Heterosexuales -STC 184/1990, de 15 noviembre y 222/1992, de 11 diciembre- y homosexuales -ATC 222/1994 (Sec. 1.ª), de 11 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:222A-.

[230] BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp. 62351-62362.

contenido patrimonial y sucesorio (cfr. arts. 5, 6 y 9 Ley 2/2003), pero en defecto de pacto se aplica lo dispuesto en la ley. También para el ámbito público, se insta la equiparación de las parejas matrimoniales y no matrimoniales a efectos fiscales, sanitarios y de Seguridad Social (cfr. arts. 10, 13 y 17 Ley 2/2003), entre otras previsiones legales.

Además de las leyes anteriores, las autonomías tienen sus propias normas reguladoras de los registros de parejas de hecho. Entre las que han creado estos registros pero no disponen de Ley se encuentran: el Reglamento regulador del registro de uniones de hecho de Ceuta (BOCCE de 24 de septiembre de 1998); el Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y la Orden de 26 de noviembre de 2012, de desarrollo del Decreto; el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León y se regula en funcionamiento; el Reglamento Regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 28 de enero de 2008, y el Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja.

Cierto sector doctrinal ha propuesto el legislador estatal debería hacer uso del nuevo Registro Civil de modo que permita el acceso a las parejas estables "institucionalizadas"[231].

Por supuesto, las comunidades autónomas también cuentan con normativa propia sobre uniones de hecho en otros ámbitos, como el fiscal, si bien su estudio no procede en el presente subapartado.

Se ha sostenido que, debido a que cada una de estas legislaciones autonómicas establece su propio ámbito de aplicación, es posible que en ciertos supuestos resulte aplicable más de una de ellas[232], circunstancia que debe ser resuelta mediante el recurso a las normas sobre conflicto interregional de leyes.

---

[231] En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables", *op. cit.*, p. 814. La autora defiende un trato igualitario del matrimonio y las parejas estables "institucionalizadas" a efectos registrales, tanto como protección de los miembros de la pareja como de los terceros de buena fe.

[232] SOLÉ RESINA, J. "Las uniones no matrimoniales. Marco normativo actual: concepto y efectos jurídicos", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, op. cit.*, p. 2349.

También en el ámbito de la Unión Europea se ha aprobado recientemente un instrumento jurídico en esta materia: el Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas[233].

Se debe, asimismo, hacer mención de las soluciones llevadas a cabo por otros ordenamientos jurídicos del entorno. El primer país en introducir un registro sobre parejas de hecho fue Dinamarca en 1989. Hace dos décadas, un sector de la doctrina indicaba la existencia de dos modelos en Europa, además de la opción por no regular: el danés, de los registros, y el sueco, que introdujo la protección de las parejas estables de cualquier orientación sexual en virtud de la Ley[234], concretamente, la Ley (1987:232) del Hogar Común de Cohabitantes Extramatrimoniales y la Ley (1987:13) de Cohabitantes Homosexuales, ambas del año 1987. La primera de ellas se refiere a las parejas heterosexuales, pero la segunda contiene una declaración en virtud de la cual se aplica también la primera Ley a las parejas homosexuales[235]. Por su parte, el derecho del Reino Unido regula alguna cuestión relativa a los cohabitantes, pero no en gran parte, si bien son totalmente válidos los contratos entre convivientes[236].

Un sector de la doctrina ha dejado clara su postura con respecto a la regulación en España de la unión estable. Niega la aplicación de normas idénticas en materia de efectos del matrimonio y exige el respeto de la libertad de contraer matrimonio. A partir de ahí manifiesta, de un lado, su preferencia por la regulación de un modelo basado en la autonomía de la voluntad y no en la imposición legal, ya que se trata de parejas que no han querido someterse al matrimonio y, con ello, que

[233] DOUE L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 30-56. Este Reglamento determina, entre otras cuestiones, la competencia judicial internacional en caso de disolución o anulación de una pareja registrada (art. 5) o la ley aplicable a un litigio en que se discuta la validez de fondo de las capitulaciones de la pareja o sobre la liquidación del patrimonio de una pareja disuelta (art. 27, *e* y *g*), si bien deja cierto margen a la autonomía de la voluntad (arts. 7 y 22).

[234] VILLAGRASA ALCAIDE C., "Introducción: ¿derechos de familia y familias sin derechos?", *op. cit.*, p. 19.

[235] NUMHAUSER HENNING A., "La cohabitación extramatrimonial en el derecho civil sueco: sistema de protección legal a las parejas de hecho", en VILLAGRASA ALCAIDE C., (Coord.), *El Derecho europeo ante la pareja de hecho, op cit.*, pp. 57-58.

[236] BURTON, F. *Family Law*, *op.cit.*, pp. 36 y 50. Es *the Civil Partnership Act 2004* la ley que regula las uniones de hecho, la cual ha sido recientemente abierta a las parejas heterosexuales en virtud de *the Civil Partnership, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019*.

se les apliquen sus efectos[237]. Tal vez se pueda afirmar que, con el diseminado marco normativo estatal y la cantidad de normativas autonómicas, en este momento la actuación del legislador podría causar un caos mayor.

En resumen, se debe enunciar que el régimen jurídico aplicable en materia civil de familia a las relaciones horizontales en el seno de las familias formadas por una pareja estable heterosexual no matrimonial es muy dispar. Por una parte, a nivel estatal se aplicará a todas las parejas, de hecho o institucionalizadas, el régimen fragmentario a que se hizo referencia *ut supra*. Por otra parte, en función de la comunidad autónoma de residencia, el registro o constitución de la pareja tendrá unos u otros efectos jurídicos, o ninguno, en la medida que se ha señalado en los párrafos anteriores, y también, con el debido respeto de los límites aducidos, las partes podrán celebrar acuerdos para regular sus relaciones.

2.2. Familias derivadas de la unión de hecho entre personas del mismo sexo

Son familias formadas por parejas homosexuales que no han contraído matrimonio, con o sin hijos comunes -adoptivos o, para en el caso de las mujeres, también habidos mediante TRHA-.

En 2019, el porcentaje de parejas homosexuales en España fue del 0,9% sobre el total[238]. En 2016, el porcentaje fue el mismo y, de esas parejas, el 69,5% estaban formadas por dos hombres y el 30,5% lo estaban por mujeres[239]. Es una cifra baja, pero se debe señalar que ha crecido mucho en comparación con períodos anteriores. De este modo, mientras que en 2001 el porcentaje de estas parejas era de tan sólo un

[237] De otro lado, recomienda unas soluciones específicas para el caso de que se opte por regularla legalmente: la fijación de un régimen concreto para la vivienda de uno de los cónyuges cuando es el propietario -y no arrendador-; la implantación de una especie de pensión compensatoria en casos de enriquecimiento injusto, que podrían ser tasados; no crear derechos sucesorios. Así, ROCA TRÍAS E., "Propuestas de regulación en el derecho de familia: tendencias de los países europeos y opciones legislativas en nuestro ordenamiento", *op. cit.*, pp. 100-101.

[238] Encuesta Continua de Hogares, año 2018, INE (nota de prensa de 2 de abril de 2019),

[239] Encuesta Continua de Hogares, año 2016, INE (nota de prensa de 5 de abril de 2017), consultada en https://www.ine.es/prensa/ech_2016.pdf el 26/07/2020. Se cita este año por ser el último en el que esta encuesta recoge datos en función del sexo de los miembros de la pareja. No obstante, tanto en este caso como en el de la nota anterior, no se ofrecen datos combinados con las variantes "parejas de hecho" y "parejas de derecho" -matrimonios- y "parejas del mismo sexo" y "parejas de distinto sexo".

0,1%, en 2011 lo fue de un 0,5% -en diez años se ha multiplicado por cinco- y cinco años después ha crecido otro 0,4%[240].

Dado que la aprobación del matrimonio tiene lugar hasta hace apenas quince años, con anterioridad al 3 de julio de 2005 cualquier formación familiar de personas del mismo sexo se llevaba a cabo, necesariamente, a través de una unión de hecho propiamente dicha. Como ya es conocido, el proyecto derivado de los intentos en el ámbito estatal de regular la convivencia estable en pareja -ya heterosexual, ya homosexual- nunca ha visto la luz, pero sí se han regulado desde los parlamentos autonómicos. A día de hoy, ninguna normativa autonómica distingue entre sexos, por lo que a estas parejas se les aplican las mismas normas que se enumeraban a propósito de las parejas de hecho heterosexuales[241].

La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, no afecta en modo alguno a las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho, por cuanto el legislador estatal no puede alterar ni suprimir leyes autonómicas dictadas dentro de su marco competencial y porque éstas y aquélla regulan materias distintas[242]. De este modo, la apertura de la adopción a las parejas homosexuales casadas no influye en absoluto sobre las legislaciones autonómicas

---

[240] Censos de Población y Viviendas de 2011, INE (nota de prensa de 12 de diciembre de 2017).

[241] En concreto, se hallan vigentes los artículos 234-1 a 14 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia -dedica el Capítulo IV del Título III a la "Convivencia estable en pareja"-; los artículos 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas -dedica el Título VI del Libro II a "las parejas estables no casadas"-; las leyes 106 a 113 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra -dedica el Título VII de su Libro I a la regulación "De la pareja estable en Navarra"-; la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana y la Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

[242] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 15. Esta autora puntualiza que el legislador estatal presenta otra alternativa a las ya existentes.

que permiten lo propio a las uniones homosexuales estables basadas en la convivencia[243].

En el ámbito de la UE el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la falta de adecuación de una disposición de un convenio colectivo a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por impedir a un trabajador el disfrute del derecho a obtener ciertas ventajas que la ley concede a quienes se unen en matrimonio, cuando dicho trabajador constituye una pareja de hecho homosexual registrada con pacto de convivencia y la legislación del Estado al que pertenece no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo[244].

En el ámbito comparado se hallan muchos ejemplos sobre admisión de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, como se ha tenido la ocasión de comprobar en los casos en que se han reconocido estas uniones con independencia del sexo de sus integrantes; algunos incluso les otorgan una regulación propia, mientras que otros las desconocen o incluso las prohíben.

Entre las opciones de permitir el registro de estas parejas o abrirles la puerta del matrimonio, la mayoría de países europeos optaron por la primera en un primer momento. Cierta doctrina ha considerado como posible causa la existencia de dos Directivas europeas: la Directiva 2004/38 de 29 de abril y la Directiva 2003/86 de 22 de septiembre que reconocen, cada una en su ámbito de aplicación material, como miembro de la familia a la pareja de hecho registrada. Equiparan, a sus propios efectos, el matrimonio a la unión de hecho registrada. Con ello, parece que el derecho de la UE permite que los Estados miembros regulen este tipo de uniones como mejor les convenga[245].

---

[243] Las autonomías que contemplan esta posibilidad, tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, son: Aragón (art. 312 CDFA), Cantabria (art. 11 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria -BOCT núm. 98, de 24 de mayo de 2005, BOE núm. 135, de 7 de junio de 2005, pp. 19195-19199-), Cataluña (art. 235-30, ap. 2 CCCat.), Navarra (ley 58 FN, párr. cuarto) y País Vasco (art. 8 Ley 2 /2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho -BOPV núm. 100, de 23 de mayo de 2003; BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2011, pp. 125606-125614).

[244] STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Frédéric Hay* c. *Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, EU:C:2013:823.

[245] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, pp. 133-134.

No obstante, se ha observado un cambio progresivo de tratamiento legal a estas parejas: la mayoría de los Estados que fueron pioneros en el reconocimiento de la unión civil homosexual han reconocido, posteriormente, el matrimonio entre estas personas; otros muchos países se han sumado a la autorización de estos matrimonios, directamente, sin previa promulgación de leyes sobre parejas de hecho homosexuales, y seguramente muchos otros Estados se unan a los anteriores en sintonía con la pluralidad que, por lo general, rige en los actuales sistemas de familia.

Entre los que contemplan este tipo de parejas sin matrimonio, Dinamarca fue el primer Estado en reconocer el registro de las uniones de hecho homosexuales con la promulgación de la Ley nº 372, de 7 de junio de 1989. Algunos países del entorno, como Noruega, Suecia, Islandia y Finlandia, comenzaron su tratamiento a este tipo de parejas con la creación de registros especiales para su inscripción, la cual les otorgaba unos derechos y obligaciones prácticamente iguales a los que da lugar el matrimonio, a excepción de la filiación[246]. Sin embargo, algunos de estos Estados ya no permiten la constitución de nuevas uniones civiles tras la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es el caso de Alemania, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Islandia, Noruega y Suecia.

En cuanto a Italia, ha reconocido las uniones civiles entre personas del mismo sexo en el año 2016[247].

En Alemania, la *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* de 2001 introduce la regulación de las parejas registradas, que se reserva sólo a las uniones homosexuales (§ 1) y siempre que ambos miembros de la pareja sean solteros[248]. En 2004, la *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnershaftsrechts* modifica aquélla para equiparar a estas parejas al matrimonio en algunos aspectos, y es ya en 2017 que ha sido aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, mediante la aprobación de la *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen*

[246] ROCA I TRÍAS, E. "Familia y Constitución", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, nº 10, p. 217.

[247] Esto ha tenido lugar tras la aprobación de la *Legge* 20 maggio 2016, n. 76, que regula las uniones civiles entre personas del mismo sexo y disciplina la convivencia de hecho (GU *Serie Generale* n. 118 de 21-05-2016).

[248] Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266), cuya última modificación ha sido efectuada por el artículo 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I, Nr. 52 vom 28.97.2017, S. 2787), disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html.

gleichen Geschlechts[249]. A partir de 1 de octubre de 2017, tras la apertura del matrimonio a toda pareja con independencia de su orientación sexual, ya no se permite el registro de nuevas parejas.

En Francia se regula el *Pacte civil de solidarité*, más conocido como *Pacs*, que consiste en un contrato celebrado entre dos personas mayores de edad para organizar la vida en común, con independencia de su sexo. De los *Pacs* pueden derivarse, por ejemplo, efectos jurídicos en materia social y fiscal, los bienes o la vivienda de la pareja[250].

Tal vez la situación más insólita sea la acaecida en Inglaterra y Gales. En el año 2004 se aprueba para estos territorios la *Civil Partnership Act 2004* por la que se regulan las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, con el fin de otorgarles una protección similar sin abrirles la puerta al matrimonio. No obstante, la posterior aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* en Inglaterra y Gales y en *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014* en Escocia, ha conllevado a una situación que cierto sector de la doctrina ha tachado de discriminatoria, ya que las parejas homosexuales pueden elegir entre acogerse al matrimonio o a la *Civil Partnership Act 2004*, mientras que las uniones heterosexuales sólo pueden optar por el primero o verse olvidadas por el ordenamiento jurídico[251]. Afortunadamente, a principios de 2018, los gobiernos iniciaron la revisión del asunto para estudiar si derogar la ley sobre parejas de hecho homosexuales o abrir la regulación a las parejas heterosexuales, y ha sido esta segunda opción la que han adoptado en Inglaterra y Gales, por el momento[252]; si bien a este respecto ha sido determinante la jurisprudencia del *Supreme Court of the*

[249] Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, de 20 de julio de 2017 (BGBl. I, Nr. 52 vom 28.97.2017, S. 2787), disponible en https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/media/F3785F955DEDC4E1D3F4404B9926DE1F/bgbl117s2787_75646.pdf.

[250] Consultado en https://www.justice.fr/fiche/effets-pacs el 26/07/2020.

[251] Vid. SCHERPE, J.M., FENTON-GLYNN, C., HUGHES, K. "Family forms and parenthood in England and Wales", en BÜCHLER A., KELLER H. *Family forms and parenthood… op. cit.*, p. 178.

[252] Se ha aprobado *the Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019*, de 26 de marzo de 2019, que ordena al Secretario de Estado la modificación de *the Civil Partnership Act 2004* antes de 31 de diciembre de 2019, y puede consultarse en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/12/enacted. Y, en efecto, a partir de del 2 de diciembre de 2019, es posible el registro de parejas heterosexuales en Inglaterra y Gales y a partir del 13 de enero de 2020, en Irlanda del Norte -ello en virtud de *The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019*, de 5 de noviembre-. Los escoceses aún tendrán que esperar.

United Kingdom que, en junio de 2018, se pronunció sobre la inadecuación de la *Civil Partnership Act 2004* a la CEDH[253].

En España, el tratamiento dado a las parejas de hecho homosexuales no es discriminatorio, al menos por razón de orientación sexual, puesto que se les da idéntico trato que a las uniones heterosexuales; sin embargo, como se ha visto a propósito de éstas, la situación es bastante enredada.

De este modo, el régimen jurídico-civil de familia que se aplica a las relaciones familiares entre los miembros de estas familias es, en cuanto a las relaciones horizontales, la normativa estatal y autonómica que se expuso a propósito de las parejas heterosexuales, a la cual se hace remisión. En lo no regulado, se debe remitir asimismo a la jurisprudencia allí citada, concretamente a las posturas de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En lo referente a las relaciones verticales, se deben aplicar los artículos 154-168 CC y, en cuanto tenga que ver con la extinción de la patria potestad, los artículos 169-171 CC.

Como ocurre con las parejas heterosexuales no matrimoniales, el artículo 39 CE implica la obligación del legislador estatal de ofrecer una regulación a las parejas formadas por personas del mismo sexo[254], si bien en la forma que estime adecuada.

2.3. Familias monoparentales

Son familias monoparentales las integradas por una madre o por un padre y sus hijos, sean éstos naturales o adoptivos[255]. Dicho de otro modo, las familias con

---

[253] Tal pronunciamiento tuvo lugar en el marco del asunto *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent)*, [2018] UKSC 32, sentencia de 27 de junio de 2018, consultada en https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf el 26/07/2020.

[254] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 4.

[255] También se ha puesto de relieve la posibilidad de que estas familias estén formadas por un acogiente, tutor o curador y por sus acogidos, tutelados o sometidos a curatela. Así lo entiende VELA SÁNCHEZ, A.J. *Las familias monoparentales: su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial: hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Granada, Comares, 2006, p. 9. En el campo de la sociología, BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 40, 2002, p. 20. En cuanto al acogimiento, el artículo

hijos en que sólo se da la figura de un progenitor. En las familias monoparentales, por definición, no hay conyugalidad. Por esa razón, se estudian dentro de la segunda categoría de modelos familiares.

El origen del término proviene del francés, a partir de una traducción que algunas sociólogas feministas realizan del inglés *one parent families*[256], o más concretamente, de la que parece imperar en el entorno anglosajón: *lone parent families*[257]. Si bien el concepto de familia monoparental es bastante reciente, no lo son las situaciones familiares a que se refiere[258].

En la doctrina italiana también se ha utilizado la expresión "*famiglia monogenitoriale*" para referirse a la familia que constituyen el único progenitor de un menor y éste, a pesar de que aquél ha contraído nuevas nupcias o ha iniciado una nueva relación de convivencia[259]. En la clasificación utilizada en el presente trabajo,

---

173.1 CC establece que el "acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo" -esto es, las funciones propias del contenido de la responsabilidad parental- y el artículo 2.d) de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias (LAF) del Parlamento de Cataluña (DOGC núm. 3926, de 16 de julio de 2003; BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2003), incluye entre los destinatarios de las medidas a las familias con menores en acogida. No obstante lo anterior, los acogedores no se harán cargo necesariamente de la alimentación del acogido, puesto que a esto vienen obligados los progenitores aunque hayan perdido la patria potestad y, en su caso, los familiares a que hace alusión el artículo 144 CC, aunque no tengan al menor en su compañía. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Instituciones de guarda y protección (I)", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 88. En mi opinión, el acogimiento familiar (que hasta 2019 ha sido el tipo mayoritario -*vid*. https://www.lavanguardia.com/vida/20191113/471572862111/el-acogimiento-de-menores-en-centros-supera-por-primera-vez-al-de-familias.html-) no debe ser considerado a efectos de constituir una familia, ya que el acogiente no quiere hacer del acogido un hijo, aunque lo va a cuidar. De hecho, como es conocido, suele darse apoyo económico para hacer frente a los gastos que se producen durante el acogimiento.

[256] LEFAUCHEUR, N. "¿Existen las "familias monoparentales"?", en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord.), *Las familias monoparentales: seminario hispano-francés… op. cit.*, p. 156.

[257] FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C. "Las familias monoparentales en España", *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas,* nº 83, 1998, p. 52. El demógrafo y la socióloga señalan su preferencia por la designación "núcleos familiares monoparentales", pero indican seguidamente que es aconsejable el uso de la expresión "familias monoparentales" por estar bien asentada en la doctrina como, incluso, el uso indiscriminado de ambas (p. 57).

[258] IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", *op. cit.*, p. 25.

[259] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, pp. 239-240.

este tipo de familia es una familia reconstituida. En esta línea, un sector de la doctrina sociológica francesa considera más acertado denominar "bifocal" a este tipo de familia, y no "monoparental", pues se tiene, tal vez, dos hogares, pero la familia de ese hijo es una y los dos progenitores están de algún modo presentes[260]. Sin embargo, algunos juristas consideran adecuado que en los casos de custodia compartida se puedan observar dos núcleos familiares monoparentales a los efectos de acceso a servicios y otros derechos previstos para estas familias, con ciertas excepciones de índole fiscal[261].

En el ámbito de la Unión Europea el número de familias monoparentales formadas por una madre en 2016 es siete veces mayor que el de las formadas por un padre[262]. Las estadísticas del Eurostat sobre la composición de los hogares revelan que el índice de hogares monoparentales en la Unión Europea ha crecido en la última década, pues en 2018 se registran un 4,4% mientras que en 2008 lo fueron un 4%. El Estado con una menor proporción de este tipo de hogares es Finlandia (1,7%), mientras que el Estado donde se registra un mayor índice es Estonia (8,6%)[263].

A nivel nacional, de la Encuesta Continua de Hogares se extrae que uno de cada diez hogares en España es monoparental. En 2019, el 81,1% del total de hogares monoparentales los forma una madre con hijos -1.530.600 hogares-, mientras que el resto los forma un padre con sus hijos -356.900 hogares-. Se observa como el número de estos hogares ha decrecido respecto a 2018 un 0,5% en caso de los formados por una madre y ha crecido un 4,9% en el caso de los formados por un padre. Entre las causas más comunes están la viudedad y la separación o el divorcio[264].

Se observa cómo estas familias han aumentado en los últimos años, pues desde 2011 se ha experimentado un aumento de 231.824 familias monoparentales

---

[260] LEFAUCHEUR, N. "¿Existen las "familias monoparentales"?", *op. cit.*, p. 157.

[261] VELA SÁNCHEZ, A.J. *Las familias monoparentales: su regulación genérica…, op. cit.*, Granada, Comares, 2006, pp. 9 y 12.

[262] Consultado en http://www.ine.es/prodyser/myhue17/wide-menu.html?lang=es el 26/07/2020. La muestra fue realizada sobre familias cuyos adultos tenían edades comprendidas entre veinticinco y cuarenta y nueve años.

[263] Consultado en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Household_composition_statistics#Household_types el 26/02/2020.

[264] Así se observa en la Encuesta Continua de Hogares (INE), año 2019 -nota de prensa de 2 de abril de 2020-.

formadas por madres y de 39.818 familias monoparentales constituidas por un padre. A su vez, desde 2001 aumentaron un 44,8%[265].

Algunos estudios demográficos han sostenido que las deficiencias en las estadísticas del INE con respecto a las familias monoparentales se basan, fundamentalmente, en dos aspectos: 1) la amplitud del concepto de monoparentalidad, pues dentro de estas familias se engloba a todos los hijos solteros, con independencia de su edad y su situación de dependencia, e incluso cuando la dependencia es al revés, y 2) algunas parejas de convivientes con hijos aparecen como núcleos monoparentales, por no tener siempre en cuenta las familias de hecho[266]. No obstante, y aunque el sistema sigue sin ser perfecto, hoy día se pueden extraer datos más precisos de la Encuesta Continua de Hogares[267].

Las causas de la monoparentalidad son múltiples: sobrevenidas -abandono, divorcio, viudez…- o iniciales -adopción individual, recurso a técnicas de reproducción asistida…-. Se han señalado, como causas que han favorecido al incremento de estos casos, "la secularización, la tolerancia social y el incremento de divorcios"[268]. La causa más frecuente de monoparentalidad tanto masculina como femenina es la separación o el divorcio[269].

---

[265] Censos de Población y Viviendas de 2011 -nota de prensa del INE de 12 de diciembre de 2013-.

[266] FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C. "Las familias monoparentales en España", *op. cit.*, pp. 54-56.

[267] Aunque el INE sigue utilizando un concepto de hogar monoparental demasiado extenso, el estudio desglosa en algún caso ciertos datos, como el número de hogares monoparentales según estado civil del progenitor, de donde se puede extraer el número de hogares monoparentales cuyo progenitor es soltero o viudo y desechar, si se quiere, los separados y divorciados, y en todo caso los casados. *Vid*. http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01017.px&L=0, consultado el 25/07/2020. También, por otro lado, la nota de prensa de 2 de abril de 2020 contiene una tabla que indica el numero del total de hogares monoparentales según el sexo del progenitor, pero también el número de aquéllos cuyos hijos no alcanzan los veinticinco años de edad.

[268] CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica", Documento de trabajo 1.1 del "VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014" del FOESSA, pp. 12-13, consultado en http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf el 26/07/2020.

[269] AVILÉS HERNÁNDEZ, M. "Las familias monoparentales encabezadas por un hombre: manifestación sociológica de la posmodernidad", *op. cit.*, p. 32. Esta socióloga toma en cuenta los datos oficiales del Consejo General del Poder Judicial que, a partir del año 2012, evidencian un cada vez mayor incremento de las sentencias que establecen la custodia compartida de los hijos tras la

En realidad, en el campo de la sociología la doctrina viene señalando desde hace años que la monoparentalidad no puede identificarse con un único modelo familiar, sino que bajo ese nombre se engloba a una multiplicidad de tipos familiares, puesto que las situaciones que la causan son de lo más diversas. En este sentido, es muy seguida la siguiente clasificación[270]:

a) causas relacionadas con la natalidad: madres solteras;
b) causas relacionadas con la relación matrimonial: abandono de familia, nulidad, separación de hecho, separación legal y divorcio del matrimonio y viudedad;
c) causas relacionadas con al ordenamiento jurídico: adopción por una persona soltera, y
d) causas relacionadas con situaciones sociales: hospitalización, emigración, trabajo de uno de los progenitores en un lugar alejado e ingreso en prisión.

Otros autores han clasificado las situaciones de monoparentalidad en función de que sean consecuencia de una relación de pareja fallida -por la causa que sea- o de la libre elección de una "relación paterno-filial". En este último caso se insertan, junto a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, el acogimiento permanente y el mantenimiento de relaciones sexuales con el propósito de engendrar con un hombre que se ofrece como donante o lo desconoce[271].

A pesar de su temporalidad, las situaciones derivadas de la concurrencia de alguna de las causas de la letra d) de la lista expuesta *ut supra* deben ser consideradas como de monoparentalidad[272].

---

ruptura matrimonial, lo cual supone una transformación social y legal en materia de igualdad de género (pp. 34-36).

[270] IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", *op. cit.*, p. 28. También en este sentido, se ha puesto de relieve la inexactitud de la idea de que cada modelo familiar entraña un solo tipo de configuración familiar. Así, BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales", *op. cit.*, p. 13.

[271] RIVAS RIVAS, A.M., JOCILES RUBIO, M.I. "Las madres solteras por elección: quiénes son y cómo hemos investigado sus proyectos familiares", en JOCILES RUBIO, M.I., MEDINA PLANA, R. (Eds.), *La monoparentalidad por elección: el proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 16-17.

[272] Vid. IGLESIAS DE USSEL, J. "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", *op. cit.*, p. 39.

No obstante lo anterior, debe hacerse una matización a propósito de las causas que generan el estado de monoparentalidad. Desde una perspectiva jurídica, se ha clasificado la monoparentalidad en "originaria" y "sobrevenida", y ambas pueden producirse de forma natural o jurídica. La monoparentalidad es originaria de forma natural en el caso de las llamadas "madres solteras"; es originaria por causas jurídicas a través de la adopción singular y de las técnicas de reproducción asistida[273]. La monoparentalidad es sobrevenida de modo natural a la muerte de uno de los progenitores, estén o no unidos en matrimonio; sobreviene por causas jurídicas tras la separación o el divorcio de los progenitores del menor o menores[274]. También es posible tras la separación de los convivientes de hecho.

Como se observa, y al igual que ocurre con otras estructuras familiares, no existe un modelo único de familia monoparental, sino que es de tipología variada. Cuando se hace referencia a la situación de monoparentalidad se suele pensar en uno o varios menores con un solo progenitor. Sin embargo, en términos estrictos, también constituyen un núcleo monoparental el padre o la madre de edad avanzada que vive

---

[273] Cierto sector doctrinal ha señalado que puede ser discutible conforme al interés superior del menor que las leyes de adopción y sobre técnicas de reproducción asistida admitan la monoparentalidad originaria de la familia. Así, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. "¿Es constitucional, hoy, el matrimonio "homosexual" (entre personas de idéntico sexo)?", *Revista de derecho privado*, Año nº 89, Mes 2, 2005, consultado en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/hoy-matrimonio-homosexual-identico-sexo-289819 el 26/07/2020. Sin embargo, determinados estudios sobre familias monoparentales reales efectuados por los sociólogos, antropólogos o psicólogos, entre otros expertos, pueden demostrar que la situación de monoparentalidad no es necesariamente más perjudicial para el menor que la de biparentalidad. En este sentido, se ha puesto en evidencia -y muestro mi acuerdo- la necesidad de no utilizar el principio del interés superior del menor para viciar lo que se debe entender por "natural", siendo, cuanto menos, curioso que el principio surgiera de argumentaciones opuestas a la familia centrada en la patria potestad, jerárquica, y ahora sea esgrimido para justificar posturas más tradicionales, que apelan a la "normalidad". Así, MEDINA PLANA, R. "La deriva de la adopción monoparental hacia la anomalía", en JOCILES RUBIO, M.I., MEDINA PLANA, R. (Eds.), *La monoparentalidad por elección: el proceso de construcción de un modelo de familia*, *op. cit.*, p. 300. A favor de esta postura, VELA SÁNCHEZ, A.J. "Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* nº 1, 2003, pp. 1465-1477, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACWNsQ7CMAwF_yZzCwOTp4SBgQVF7KZ5qiKCjewUKX-PoLfdLedDVMaLsm0ItRRKefpxnE-HOXxgXlXoXldIR2D36lGlm7ZLofND9ZlT3Hseb9AVnXe9saygKSwNbIk7IjdIYfu_vpbhB3l4AAAAWKE el 26/07/2020. El autor defiende este derecho como entendido dentro del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.

[274] A este respecto, CORRAL GARCÍA, E. "La familia monoparental y el interés del menor", *Actualidad Civil*, 2008, nº 22, p. 2456 y ss. Se debe matizar que, en estos casos, la monoparentalidad sólo parece tener lugar si la guarda del menor se ha otorgado a unos de los progenitores en exclusiva.

con un hijo o una hija mayores de edad[275]. No obstante, los casos a los que se refiere este apartado forman parte de la primera clasificación.

Por lo general, la doctrina sociológica entiende que los hijos de las familias monoparentales han de ser solteros y dependientes en relación a su progenitor, si bien no existe unanimidad con respecto a la edad, pues hay sobre todo quienes opinan que debe limitarse a los dieciocho años y quienes advierten sobre la escasa funcionalidad de esta limitación de edad, si se tiene en cuenta que la mayoría de los hijos siguen siendo dependientes a esa edad[276].

Por su parte, un sector de la doctrina jurídica ve la familia constituida por un progenitor y el hijo discapacitado mayor de edad como una situación de monoparentalidad[277]. En realidad, este hijo, cuando ha sido incapacitado, sigue siendo miembro de la unidad familiar al llegar a la mayoría de edad, sea dentro de una familia monoparental o de cualquier otra índole, ya que se prorroga la patria potestad *ope legis* o se rehabilita si fue incapacitado después de alcanzar la mayoría de edad (cfr. art. 171 CC). Esta situación sólo termina, en virtud de este precepto, por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores o del hijo, por la adopción de éste o su matrimonio, o por cesar la incapacidad[278].

---

[275] No obstante, se debe matizar que un sector autorizado de la doctrina sociológica ha señalado la preferencia por el término "hogares monofiliales" para designar a estos hogares en los que el dependiente es un padre, una madre o ambos y el que soporta la responsabilidad del hogar es sólo un hijo o hija. Así, DURÁN HERAS, M.A. "Hogares y familias: dos conceptos en busca de definición", *op. cit.*, p. 14.

[276] Resumen de la exposición de BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales", *op. cit,*, p. 23. También, en alguna ocasión, la Sala Primera de TS se ha pronunciado en el sentido de incluir a los hijos mayores de edad que conviven con uno de los progenitores dentro del modelo familiar monoparental. Es el caso de las STS 411/2000 (Sec. 1.ª), de 24 de abril de 2000, Roj: STS 3422/2000, FD 1º y la STS 156/2017 (Sec. 1.ª), de 7 de marzo de 2017, Roj: STS 857/2017, FD 2º, resoluciones donde la Sala determina la legitimación del progenitor con el que conviven estos hijos para incoar el proceso para reclamar la contribución del otro progenitor a los alimentos de éstos; si bien, en el segundo de los casos, no aprecia que sea posible en el supuesto de hecho enjuiciado, por no reunir el presupuesto de la convivencia efectiva.

[277] VELA SÁNCHEZ, A.J. *Las familias monoparentales: su regulación genérica…, op. cit.*, p. 15; también en VELA SÁNCHEZ, A.J. "Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario", *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEACWNsQ7CMAwF_yZzCwOTp4SBgQVF7KZ5qiKCjewUKX-PoLfdLedDVMaLsm0ItRRKefpxnE-HOXxgXlXoXldIR2D36lGlm7ZLofND9ZlT3Hseb9AVnXe9saygKSwNbIk7IjdIYfu_vpbhB3l4AAAAWKE el 26/07/2020.

[278] Asimismo, la legislación española tiene en consideración la especial vulnerabilidad de las familias con hijos dependientes a cargo para su efectiva protección en diversos ámbitos. A título de

Desde el Parlamento Europeo, hace mucho tiempo que se viene advirtiendo sobre la importancia de proteger a los miembros de las familias monoparentales por el riesgo de exclusión social o por la vulnerabilidad de las mismas[279].

---

ejemplo, se citan la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003), que asimila a la familia numerosa a sus efectos, entre otras, las familias formadas por uno o dos ascendientes y dos hijos, si uno de ellos es discapacitado, y las familias compuestas por dos ascendientes discapacitados (art. 2.2 a) y b)); y la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007), que regula la posibilidad de que se incluya la asignación temporal de destinos en las normas generales de provisión de destinos, para el militar que se halle o tenga un familiar que se halle, entre otras, en esta situación de dependencia o discapacidad (art. 101.7) y el derecho de excedencia de hasta tres años para el militar que deba atender al cuidado de un familiar a su cargo, entre otras razones, por su discapacidad (art. 110.5, párr. segundo).

[279] A modo de ilustrar la constante alusión a estas familias se mencionan las siguientes resoluciones, si bien son muchas más: Resolución sobre las familias monoparentales, de 8 de julio de 1986 -a través de la cual realiza peticiones en relación a los sectores de estudios e investigaciones estadísticas, acceso al trabajo, vivienda, regímenes fiscales y pensiones alimenticias, entre otros-; Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996; Resolución sobre la situación de las madres solteras y las familias monoparentales, de 18 de septiembre de 1998 -en la que, entre otras cuestiones, se pide a los Estados miembros el análisis de la situación de las familias monoparentales y que mejoren o adapten sus sistemas jurídicos en varios ámbito que afectan a estas familias, como cuidado de los hijos, divorcio o Seguridad Social-; Resolución sobre la protección de la familia y del niño, de 28 de febrero de 1999; Resolución sobre el futuro demográfico de Europa (2007/2156(INI)), de 21 de febrero de 2008; Resolución sobre la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza, incluida la pobreza infantil, en la Unión Europea (2008/2034(INI)), de 9 de octubre de 2008; Resolución sobre el rostro de la pobreza femenina en la Unión Europea (2010/2162(INI)), de 8 de marzo de 2011; Resolución sobre la situación de las madres solteras (2011/2049/INI)), de 25 de octubre de 2011 -donde insta a los Estados a que adopten políticas públicas que respondan a las necesidades de estas familias o a que tomen medidas en materia de empleo para las madres solteras, para evitar el riesgo de pobreza y de exclusión social o para conciliar la vida familiar y profesional-; Resolución sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)), de 9 de junio de 2015; Resolución sobre la reducción de las desigualdades, en especial con respecto a la pobreza infantil (2014/2237(INI)), de 24 de noviembre de 2015; Resolución sobre la consecución del objetivo de lucha contra la pobreza a la luz del aumento de los gastos de las familias (2015/2223(INI)), de 14 de abril de 2016; Resolución sobre pobreza y perspectiva de género (2015/2228(INI)), de 26 de mayo de 2016; Resolución sobre la creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de la vida privada y vida profesional (2016/2017(INI)), de 13 de septiembre de 2016. En todas ellas se incide sobre la necesidad de promover las condiciones para la tutela efectiva de las familias monoparentales. Unas veces concreta más que otras, pero pone el acento en que la mayoría de ellas están constituidas por mujeres y sus hijos y que las mismas tienen un alto riesgo de pobreza y exclusión social. En algunas se centra más en la figura de las madres, mientras que en otras el foco de atención es el menor. Pero no sólo ha considerado la monoparentalidad en resoluciones, sino también en actos vinculantes como la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional -en cuyo art. 21 se conmina a los Estados a considerar la situación de especial vulnerabilidad de, entre otras, las familias monoparentales con hijos menores al trasponer la Directiva- y más recientemente la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo -Cons. (37)-, e incluso en los Reglamentos (UE) nº 422 y 423/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de

La Constitución española menciona expresamente a estas familias y les otorga amparo en su artículo 39.2, que, si bien sólo alude a las "madres solteras", se entiende que se refiere también a los padres solteros. Lo contrario quebrantaría el principio de igualdad garantizado en el artículo 14 CE y, para el caso de que el padre en cuestión hubiera estado casado -ahora viudo, separado o divorciado-, se vulneraría asimismo la igualdad de los cónyuges plasmada en el artículo 32 CE. En este sentido, se ha sostenido que corresponde hacer una interpretación sociológica y teleológica del artículo 39.2 CE, más que una literal o histórica, en atención a lo dispuesto en el art. 3.1 CC[280].

No obstante, y a pesar de ser el modelo de familia más vulnerable, en la práctica no existen muchas políticas públicas dirigidas a su protección. Se ha subrayado el "mayor riesgo de pobreza y exclusión social" de estas familias, latente en toda Europa, así como que esta circunstancia es menos frecuente en países donde se realizan "mayores transferencias sociales a los hogares económicamente vulnerables", como son los países nórdicos[281].

Normalmente, la discusión sobre las familias monoparentales se restringe a dos aspectos: sus probables necesidades económicas y los eventuales problemas psicosociales ocasionados a los hijos de estas familias por la carencia de uno de sus progenitores[282].

2014, por los que se adaptan, respectivamente, a partir del 1 de julio de 2011 y a partir de 1 de julio de 2012, las retribuciones y pensiones de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea así como los coeficientes correctores que afectan a dichas retribuciones y pensiones -que se refieren en sus respectivos arts. 4º al importe de la asignación por licencia parental y establecen una cuantía superior para las familias monoparentales-.

[280] VELA SÁNCHEZ, A.J. *Las familias monoparentales: su regulación genérica…, op. cit.*, p. 50. Asimismo, GOÑI SEIN, J.L. "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 82, 2005, p. 20. Este autor considera que el artículo 39.2 CE no constituye un *numerus clausus* de situaciones monoparentales y que allá donde haya hijos hay una familia y debe reputarse como tal.

[281] CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, *op. cit.*, p. 25. Sobre el riesgo de exclusión social de estas familias, también GOÑI SEIN, J.L. "La familia monoparental: ausencia de atención política..., *op. cit*., p. 18.

[282] AVILÉS HERNÁNDEZ, M. "Origen del concepto de monoparentalidad: un ejercicio de contextualización sociohistórica", *op. cit.*, p. 281.

Por otro lado, a pesar de que en el campo de la sociología se observan las familias monoparentales como pertenecientes a un propio modelo familiar[283], no sucede así en el ámbito jurídico. Desde luego, se protege a todas las familias (cfr. art. 39 CE), pero el ordenamiento jurídico no da un tratamiento específico a las familias monoparentales como tales, sino que regula los distintos aspectos que afectan a estas familias de modo separado. Es cierto que existe una diversidad de tipos de familias monoparentales, pero cierto sector de la doctrina jurídica ha destacado la necesidad de regular conjuntamente los problemas comunes a todas ellas, de modo que se responda a sus exigencias de forma uniforme[284].

También, algunos autores han apuntado que la condición de familia de las monoparentales obedece al resultado más que a las causas de su formación: el *quid* de la cuestión está en que al final existe una sola figura responsable, con respecto de la cual los demás miembros se hallan en una situación de dependencia. En este sentido, consideran que deben ser tenidas por un modelo familiar, ya que todas estas familias tienen en común una serie de problemas, que básicamente son unos recursos reducidos y el peso de la responsabilidad parental de los hijos sobre un solo adulto. No obstante, en el ordenamiento jurídico no han sido categorizadas como tal aún y debe manifestarse que, aunque resulte complejo, debe tenderse a un derecho de familia que considere la realidad y los problemas sociales y que se aproxime al

[283] En el sentido de reconocerlas como modalidad familiar, sin que se deba olvidar que la multiplicidad de causas de monoparentalidad hace que estas familias sean muy heterogéneas y no todas presenten las mismas necesidades. Entre otros, FLAQUER, L. "Hogares sin familia o familias sin hogar..., *op. cit.*, pp. 60 y 62; RODRÍGUEZ PASCUAL, I. "Qué nueva intervención para qué nuevas realidades familiares…, *op. cit.*, p. 70; GUERRERO MUÑOZ, J. "La familia: realidades y cambio social", *op. cit.*, pp. 165 y 171.

[284] VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el derecho de familia", *op. cit.*, pp. 5004-5005. Esta autora destaca que estas familias son las más desvalidas en los ámbitos social y económico, generalmente porque tanto el sostenimiento económico de la familia como el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos recaen en un solo progenitor (pp. 5003 y 5009). En el ámbito de la sociología, se han propuesto tener en cuenta tanto las diversas causas que originan la monoparentalidad como la heterogeneidad de estructuras familiares bajo este género, de modo que se desarrollen medidas generales, comunes a todas ellas, y medidas específicas, para cada estructura en particular. Así, AVILÉS HERNÁNDEZ, M. ¿Qué es la monoparentalidad? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social, *Cuadernos de trabajo social*, vol. 28, nº 2, 2015, p. 220. Frente a esta postura, algunos autores del campo de la demografía han mostrado su disconformidad con la agrupación de todas estas diferentes situaciones bajo un mismo concepto, precisamente por ser distintas las dificultades a que tienen que hacer frente los responsables de estas familias, según su situación concreta. Así, FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C. "Las familias monoparentales en España", *op. cit.*, p. 83. Tal vez no sería justo que fueran tratados de igual modo los núcleos monoparentales encabezados por un progenitor que recibe ayuda que aquéllos en los que esta circunstancia no se da.

verdadero sentido del artículo 39 CE, labor que desempeñaría en conjunto con otros ámbitos del derecho[285].

En materia laboral y de Seguridad Social se han realizado algunas propuestas, como son la mejora de la dotación de servicios para el cuidado de los preescolares, ayudas económicas durante los tres primeros años de maternidad/paternidad o mayores medidas de conciliación laboral y familiar, entre otras[286].

Por otra parte, se debe subrayar cómo la pertenencia a una familia monoparental no es, necesariamente, una condición inalterable. Es uno de los modelos en los que una persona puede encuadrarse a lo largo de su vida, pero que en muchas ocasiones es una situación temporal que acaba por transformarse en otro modelo familiar, como por ejemplo una familia reconstituida[287].

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que, si bien la mayoría de la doctrina demográfica coincide al entender que, dada la mayor aproximación entre las uniones de hecho y las matrimoniales que entre aquéllas y las situaciones de monoparentalidad, la convivencia del progenitor monoparental con otra persona resolvería la situación de monoparentalidad[288], no debería hacerse tal aserto sin comprobar que ambos adultos -el progenitor con el que conviven y su nueva pareja- son, conjuntamente, los responsables familiares[289].

---

[285] *Vid*. VELA SÁNCHEZ, A.J. *Las familias monoparentales: su regulación genérica…, op. cit.*, Granada, Comares, 2006, pp. 3-4, 139 y 141-142. El autor propone una regulación jurídica única e interdisciplinar (p. 143).

[286] GOÑI SEIN, J.L. "La familia monoparental: ausencia de atención política..., *op. cit*., pp. 41-44.

[287] MANTOVANI, M. "Le famiglie monoparentali", *op. cit.*, p. 31; CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, op. cit., p. 25. En sentido parecido, SAYN, I. "Las familias monoparentales: Derecho Civil y Derecho Social, en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord.), *Las familias monoparentales: seminario hispano-francés… op. cit.*, p. 205. Sin embargo, ello no significa que la monoparentalidad sea una situación transitoria con respecto a otros modelos familiares o, dicho de otro modo: una familia monoparental es tan transitoria como cualquier otra familia. Así, BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales", *op. cit.*, p. 25.

[288] En este sentido, es son de destacar FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C. "Las familias monoparentales en España", *op. cit.*, p. 57. Estos autores razonan que no es muy adecuado designar como "familia monoparental" a la formada por un progenitor divorciado o separado porque lo más normal es que los hijos mantengan relaciones con el otro progenitor. En este sentido, por ejemplo, la nota de la dependencia de un solo progenitor no se cumpliría si el hijo recibiera una pensión de alimentos de su otro progenitor, o si tiene lugar una cierta distribución de responsabilidades.

[289] BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales", *op. cit.*, p. 21.

Así, algunas normativas autonómicas sobre familias monoparentales excluyen de su ámbito de protección los casos en que el progenitor convive con una nueva pareja (leyes 3/11 y 9/14 y, de forma más general, ley 6/2008). Que sólo unas pocas normas legales hagan esta diferenciación implica que, en el ámbito legal, algunos núcleos que forman en realidad una familia reconstituida sean tratados como monoparentales en algunos aspectos[290].

En conclusión, el interés de las familias monoparentales parece estar en la especial vulnerabilidad de estas familias, no en la complejidad de sus relaciones jurídicas. Al no haber una pareja, la situación se simplifica muchísimo, de modo que le son aplicables las normas relativas a las relaciones parentofiliales -arts. 154-168 CC- y, para la extinción de la patria potestad, los artículos 169-171 CC, en lo que se refiere al derecho de familia. Dicho ello sin desmerecer que el ejercicio de las funciones parentales se hace más difícil por llevarse a cabo por un solo progenitor -incluso en los casos en que el otro viva y tenga la custodia compartida, ya que cada uno lo hace en solitario durante el tiempo que pasa con los menores-, como tampoco la difícil situación que pueda experimentar el menor.

En consecuencia, se detallan las normas que constituyen el régimen jurídico específico de las familias monoparentales, fuera del ámbito civil y de carácter fragmentario. La primera norma jurídica que habla de las familias monoparentales es el Real Decreto 195/1989, de 17 de febrero, por el que se establecen los requisitos y procedimiento para solicitar ayudas para fines de interés social, derivadas de la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[291]. Después, han sido muchas más las normas estatales que han regulado o se han referido a la familia monoparental en el orden social y asistencial[292], en materia laboral[293], en el ámbito de la Seguridad Social[294], y en materia fiscal[295].

---

[290] En este sentido, AVILÉS HERNÁNDEZ, M. ¿Qué es la monoparentalidad? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social, *op. cit.*, p. 217.

[291] BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1989 (pp. 5533-5534).

[292] Así, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Orden del Ministerio de Asuntos Sociales de 19 de febrero de 1992 "que convocó ayudas y subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales para atender situaciones de necesidad y/o marginación como las de las familias monoparentales"; art.15.3 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que regula el derecho de asilo y de la condición de refugiado Resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de febrero de 2000 que establece un Programa de apoyo a familias monoparentales; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 18 de septiembre de 2001 que regula las ayudas económicas a los beneficiarios de los Centros de

También existen diversas normas autonómicas que regulan o se refieren a este tipo de familias en materia de reconocimiento de la condición de familia monoparental[296], sobre apoyo a las familias en general[297], en materia de precios

Acogida del IMSERSO; Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004, de 8 de noviembre de 2001; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de noviembre de 2001 que establece las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a personas con discapacidad; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 14 de diciembre de 2001 que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y subvenciones públicas correspondientes a Programas de actuación en favor de los emigrantes españoles; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; Ley 35/2007, prestación familiar de pago único por nacimiento o adopción de hijo; ley de presupuestos para 2009 alarga duración del subsidio no contributivo de maternidad 14 días más a, entre otras, estas familias; Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012); Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015); Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; TRLGSS, Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

[293] El Estatuto de los Trabajadores contiene una serie de normas que afectan a estas familias: permisos por enfermedad, accidente y hospitalización (art. 37.3,b) ET), permiso por lactancia (art. 37.4 ET), derecho de ausencia del trabajo o reducción de jornada por hospitalización de hijo prematuro o neonato (art. 37.4 *bis* ET), reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años (art. 37.5 ET), excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET) y las garantías establecidas por la propia ley de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 7º).

[294] Interesan el art. 40.3 ET, la prestación familiar por hijo a cargo (arts. 181-184 y 189 y 190 TRLGSS) y la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad, accidente, maternidad y accidente, las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de familiares.

[295] Así, en la LIRPF (mínimo personal y familiar y deducciones en la cuota íntegra autonómica); también, por su consideración como familias numerosas (algunos autores han señalado que se debe atender a la necesidad de las familias monoparentales para igualar su situación a la de las familias numerosas. Así, PABLOS MATEOS, F. "Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria", *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2018, p. 186); en el Impuesto sobre determinados medios de transporte (Impuesto de matriculación); en materia de tasas y precios públicos (en algunos ámbitos, como educación o transportes públicos); en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (en la Región de Murcia, Ley 1/2017, de 9 de enero, deducciones familia numerosa) e IBI (vid. en Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, art. 74).

[296] En función de la Comunidad Autónoma donde se resida, una familia puede ser o no monoparental. *Vid*. Orden CDS/384/2019, de 4 de abril, por la que se regulan los requisitos para la calificación de familia monoparental y el procedimiento de reconocimiento y expedición del Título de Familia Monoparental de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 78, de 24 de abril de 2019); Decreto 26/2019, de 14 de marzo, por el que se regula el reconocimiento de la condición de Familia Monoparental en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC núm. 57, de 21 de marzo de 2019); la Ley Foral 5/2019, de 7 de febrero, para la acreditación de las familias monoparentales en la Comunidad Foral de Navarra (BON nº 36, de 21 de febrero de 2019) y el Decreto 19/2018, de 9 de marzo, del Consell, por el que se regula el reconocimiento de familia monoparental en la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 8260, de 23 de marzo de 2018).

públicos, tasas e impuestos[298], en el ámbito económico[299], en materia de conciliación de la vida familiar y laboral[300], y sobre creación de órganos con competencia en materia de protección de las familias[301].

2.4. Familias reconstituidas sobre la base de la convivencia

Son familias formadas por dos personas, del mismo o distinto sexo, que inician una vida en común basada en la mera convivencia y que aportan a la familia los hijos habidos, por uno de ellos o ambos, en una anterior unión -de hecho o conyugal- y a la que suman con frecuencia hijos comunes.

También, al igual que se exponía a propósito del modelo de familia reconstituida sobre la base del matrimonio, la naturaleza jurídica de las relaciones familiares derivadas de este modelo parece idéntica de la que surge de la convivencia entre la pareja de hecho del tutor y el tutelado. En este caso, además, al no existir matrimonio, el conviviente de hecho no puede solicitar la cotutela del menor o mayor discapacitado.

---

[297] Es el caso de la Ley 9/2014, de 23 de octubre, de apoyo a las familias de Aragón (BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014); en Baleares, la Ley 8/2018, de 31 de julio, de apoyo a las familias (BOIB núm. 97, de 7 de agosto de 2018); Ley 1/2007, de 7 de marzo, de medidas de apoyo a las familias de la Comunidad de Castilla y León (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2007); Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2003; DOGC núm. 3926, de 16 de julio de 2003) y Decreto 151/2009, de 29 de septiembre, de desarrollo parcial de la Ley 18/2003, de 4 de julio (DOGC núm. 5475, de 1 de octubre de 2009); Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011), y Ley 13/2008, de 12 de diciembre, de apoyo a las familias de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2011; BOPV núm. 246, de 24 de diciembre de 2008).

[298] En Cataluña, Decreto 139/2010, de 11 de octubre, sobre beneficios para las familias monoparentales y las familias numerosas en el precio del transporte público de viajeros por carretera y ferrocarril (DOGC núm. 5734, de 14 de octubre de 2000); además, las familias monoparentales tienen derecho a deducciones autonómicas en la cumplimentación del IRPF en cuatro CCAA (Andalucía, Asturias, Islas Canarias y Comunidad Valenciana).

[299] En Galicia, Orden de 25 de febrero de 2019 por la que se establecen las ayudas económicas a las familias para la atención de niñas y niños menores de doce años a través del programa Bono cuidado y se convocan para el año 2019 (DOG núm. 48, de 8 de marzo de 2019).

[300] En el País Vasco, Decreto 177/2010, de 29 de junio, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral (BOPV nº 129, de 7 de julio de 2010).

[301] Decreto 316/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de estructura orgánica del Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales (BOA núm. 246, de 23 de diciembre de 2015).

En cuanto a las estadísticas, si bien son muy restringidas las fuentes, se han realizado algunos estudios demográficos que han utilizado varios métodos, como agrupar las Encuestas de Población Activa del INE en los períodos de 1999-2004 y 2005-2010 y utilizar los microdatos del censo de población de 2001 y los microdatos de la *Enquesta demográfica 2007 (ED)* realizada en Cataluña, y han acotado la observación a los núcleos reconstituidos que suponen el 88% del total: aquéllos en que los hijos son propios de la mujer -que viene, normalmente, de una situación de monoparentalidad-. En cuanto lo que aquí interesa, el resultado alcanzado revela que el 46% de los núcleos reconstituidos son de base matrimonial -un 30% eran divorciadas o separadas y un 17% eran solteras-, por lo que más de la mitad están formados por parejas no casadas[302].

Al igual que ocurría con las familias monoparentales, este modelo familiar puede responder a múltiples estructuras o perfiles según las causas que lo hayan originado[303]. Algunos autores han indicado que el notable aumento de relaciones de mera convivencia en muchos países entraña una diversidad de relaciones de familia, pero no sólo entre los miembros de la pareja, sino también entre éstos y los hijos[304].

Sin embargo, el gran objeto de preocupación de la doctrina jurídica española hasta ahora ha sido la situación de las parejas de hecho y la conveniencia de asimilarlas o no a la institución matrimonial. Las implicaciones de la unión estable en relación a los hijos deben ser, asimismo, estudiadas por su importancia y, sin embargo, apenas se encuentran estudios, ni que decir jurisprudencia.

No hay nada que objetar sobre la relación jurídica de los progenitores con los hijos cuando no hay matrimonio, porque todos los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su origen (cfr. art. 39.2 CE), pero la situación se complica si la convivencia tiene lugar con un tercero que no es el progenitor de los menores.

De este modo, se deben recapitular las distintas relaciones familiares que se dan dentro de estas familias para determinar su régimen jurídico actual:

- Relaciones horizontales:

---

[302] TREVIÑO, R., GUMÁ, J. ‘‘De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*’’, op. cit.*, pp. 290, 292 y 300.

[303] TREVIÑO, R., GUMÁ, J. ‘‘De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*’’, op. cit.*, pp. 288 y 289.

[304] BOWMAN, C.G. “The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners’ Children”, *Theoretical Inquiries in* Law, vol. 13, 2012, p. 127.

- Entre los miembros de la pareja: al tratarse de una unión no matrimonial, están sometidos a la dispersa e incompleta normativa estatal y autonómica a la que se hizo referencia a propósito de las familias de hecho que se constituyen por vez primera.

- Entre los hijos de la familia: al igual que dentro de las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, en éstas también pueden darse relaciones familiares entre hermanos de doble vínculo, entre hermanos de vínculo sencillo -medio hermanos- o entre hermanastros[305]. Su posición en la familia es par, si bien la convivencia entre hermanastros no supone ningún efecto jurídico a efectos de derecho de familia, excepto, a lo sumo, la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia de acuerdo con sus posibilidades -cfr. art. 155.2.º CC-.

- Relaciones verticales:

  - Entre el progenitor y su hijo: determinada la filiación, las relaciones entre ellos se rigen por los artículos 154-168 CC y, en cuanto a la extinción de la patria potestad, se le aplican los artículos 169-171 CC.

  - Entre la pareja del progenitor y el hijo no común: aunque, al igual que se matizó en sede de familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, éstas no son relaciones verticales propiamente dichas, porque el primero no ejerce las funciones parentales sobre el segundo, pero se encuadran aquí porque tampoco se puede afirmar que se encuentren en una situación paralela dentro de la familia. Se hallan muy pocos preceptos en derecho común, menos aún que para las antedichas familias matrimoniales, pero los hay (cfr. arts. 155.2.º -relativo a la obligación de los hijos de contribuir a las cargas de la familia, en la medida de sus posibilidades, mientras convivan en el hogar familiar-, 160.2.º -que puede suponer el reconocimiento del derecho del menor a mantener relaciones personales, tras el divorcio, separación o viudedad, con el que ha sido cónyuge o pareja de uno de

[305] Si bien en este caso no son hermanastros propiamente dichos, pues al no haber matrimonio, no parece que deba entenderse así. Otra cuestión es el rol familiar que desempeñen, o el vínculo afectivo que medie entre ellos, pues podrían llegar a tratarse incluso como hermanos.

sus progenitores- y 165 -sobre administración de los bienes de los hijos, que establece la posibilidad de que los progenitores destinen los frutos de los bienes del menor no emancipado, de su trabajo o industria, al levantamiento de las cargas de la familia sin necesidad de rendir cuentas de lo invertido a tal fin-). En realidad, son preceptos que afectan a uno y a otro por la circunstancia de la convivencia entre ellos. Lo contenido en el primero y el tercero de estos artículos, en realidad, no es exigible directamente por el uno frente al otro, sino que son deberes parentofiliales del o frente al familiar común.

Por otro lado, en cuanto a la relación entre los hijos no comunes y el progenitor con quien no conviven -de haberlo- pero que ejerce las funciones parentales de forma conjunta con el otro. Las relaciones entre los menores y su progenitor no conviviente se rigen por las mismas normas que se aplicarían si viviera con él (arts. 154-168 CC y, para la extinción de la patria potestad, art. 169-171 CC).

Si ya se decía que las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio apenas gozaban de tratamiento jurídico, mucho menos las que se fundan en la mera convivencia de la pareja. No parece que ello resulte justificado desde la óptica del artículo 39.1.º y 2.º CE, que protege a todo tipo de familias y establece la igualdad entre todos los hijos, al ser la misma la naturaleza de las relaciones y la función de la familia.

Deviene necesario, en el campo de estudio del derecho, un análisis de las diversas tipologías de familias recompuestas y de los efectos de la convivencia sobre la relación entre los hijos y el progenitor no custodio, y entre aquél y la nueva pareja del progenitor a su cuidado. Debe valorarse también la conveniencia de una reforma legislativa en derecho común español en materia de familia que regule las relaciones familiares dentro de las familias reconstituidas, en especial la que se da entre la pareja estable del progenitor y el hijo no común. Asimismo, cabe plantearse la oportunidad de legislar o reconocer los pactos en otras materias, como se señalaba en sede de familias reconstituidas sobre la base del matrimonio.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés del menor debe tratarse a propósito de cada materia de modo particular, ya que, además de los criterios generales que pueda recoger la ley, pueden tener lugar otros criterios específicos, legales o fijados por la jurisprudencia[306].

No obstante, resulta de interés, previamente, conocer la naturaleza del "interés superior del menor" y determinar la base común aplicable a todos los casos.

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA ESPAÑOL

El interés del menor, también conocido como principio de *favor minoris* o *favor filii* es, de un lado, un principio informador e interpretativo y un principio rector de todo procedimiento administrativo o judicial en que se vea implicado un menor, con independencia de la materia.

Son instrumentos jurídicos que contemplan, garantizan o reconocen el interés superior del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño (cfr. arts. 3.1.º y 9.1.º y, en relación a la adopción, también el art. 21), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (cfr. art. 24.2), la Carta Europea de los Derechos del Niño (cfr. art. 7.15)[307], el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (cfr. Conss. (12) y (13), arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23.a)[308], el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980,

[306] En la aplicación de este principio, el juez debe armonizar sus dos enfoques: el de norma general y abstracta, sometida a evolución, y el de valoración concreta de una situación determinada. En este sentido, GOUTTENOIRE, A. "Les droits de l'enfant", *Revue internationale de droit comparé* [Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014)], vol. 66, nº 2, 2014, p. 569.

[307] Aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992 y publicada en el DOUE C 241, de 21 de septiembre de 1992.

[308] Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29. Se debe matizar que, aunque este Reglamento continuará aplicandose hasta el 1 de agosto de 2022, el Consejo ha aprobado recientemente otro Reglamento que lo sustituye: el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores -DOUE L 178, de 2 de julio de 2019, pp. 1-115-. Este instrumento jurídico, elaborado para mejorar el anterior -que ya funcionaba bien- se refiere al interés superior en aún más ocasiones -Conss. (19), (20), (23), (26), (27), (30), (39), (47), (48), (55) y (84) y artículos 10.1.c), 12.1 y 2, 13.1 y 2, 15.2, 25, 27.2 y 6, 39.1.a), 56.4 y 5, 66.3 y 68.2.a)-.

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (cfr. Preámbulo)[309], el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (cfr. art. 4) [310], el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (cfr. Preámbulo, arts. 8.1 y 4, 9.1, 10.1.b, 22, 23.2.d, 28 y 33.2)[311], el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (cfr. Preámbulo, arts. 1.a, 4.b, 16.d, 21.1 y 24) [312], el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 (cfr. Preámbulo y art. 10) [313], la Convención de Nueva York de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (cfr. art. 16.1, letras d y f)[314], el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, de 2014, cuyo objetivo debe llevarse a cabo con observancia del interés superior del menor y de sus derechos fundamentales (cfr. art. 1)[315].

---

[309] Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105.

[310] Instrumento de Ratificación de España publicado en el B.O.E. núm. 199, de 20 de agosto de 1987, pp. 25764-25767.

[311] B.O.E. núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868.

[312] B.O.E. núm. 182, de 1 de agosto de 1995, pp. 23447-23454.

[313] Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia. Instrumento de Ratificación de España publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291-25295.

[314] Instrumento de Ratificación de España publicado en el B.O.E. núm. 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7715-7720.

[315] B.O.E. núm. 74, de 27 de marzo de 2015, pp. 26414-26422.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Este principio general del derecho tiene una doble proyección dentro el ordenamiento jurídico español: de un lado, debe guiar la actividad del legislador y, del otro, la del juez en la adopción de resoluciones que conciernan a los menores[316].

La Constitución española fija la mayoría de edad de los españoles a los dieciocho años (cfr. art. 12 CE), por lo que el principio de *favor filii* rige todo proceso en que intervenga o se vea afectada una persona de diecisiete años o menos. Este principio es un concepto jurídico indeterminado, por lo que el interés de cada menor debe ser determinado caso por caso[317]. Ventaja de ser un concepto jurídico indeterminado es su posibilidad de adaptación a cada caso concreto[318]. De hecho, es la finalidad de este principio: ser flexible para adaptarse a los cambios sociales[319]. Los grandes inconvenientes son la discrecionalidad de que goza el Juez y el consiguiente riesgo de arbitrariedad y falta de seguridad jurídica[320]. Otros autores han apuntado a la temeridad de que el aplicador del derecho invoque genéricamente

[316] ROCA I TRIAS E., *Libertad y familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 65-66.

[317] Entre otras razones, porque no va a ser lo mismo el interés de un bebé que el de un adolescente, como tampoco su capacidad de obrar. A este respecto, se ha distinguido entre la infancia y la juventud dentro de la minoría de edad. En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 169. En general, nunca va a haber dos menores cuyo interés coincida, ya que habrá tantos intereses diferentes como distintas son todas las familias entre sí.

[318] Hace tiempo que un sector de la doctrina francesa viene exponiendo dos razones por las que la ley no ofrece un concepto de "interés del menor": 1) es un criterio estándar que, como otros conceptos jurídicos indeterminados, se halla en constante evolución, y 2) es particular en cada caso, lo que significa, por un lado, que no es el mismo para dos menores, y por otro, que para un determinado menor ese interés puede variar en función del momento. En este sentido, THÉRY, I. "La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés", en BOURGUIGNON, O., RALLU, J.L., THÉRY, I. *Du divors et des enfants*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 48-49.

[319] NÚÑEZ ZORRILLA, C. "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, nº 2, 2015, pp. 125 y 157. Sobre la flexibilidad de este concepto jurídico indeterminado, también DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, 2012, pp. 51-52.

[320] NÚÑEZ ZORRILLA, C. "El interés superior del menor… *op. cit.*, pp. 128 y 157; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. "Sobre la interpretación del interés superior del menor… *op. cit.*, p. 51.

el interés del menor para motivar su decisión, sin concretarlo, lo que se traduce en una falta de motivación suficiente[321].

En el ámbito civil se menciona expresamente el interés del menor en repetidas ocasiones (cfr. art. 20. 2. a), 94, párr. 2.º, 103.1.1.ª, 137.1.º, párr. 2.º, 154, párr. 2.º, 156, párr. 6.º, 161, párr. 1.º, 170, párr. 2.º, 172 ter, 1.º, 2.º y 3.º, 176 bis, 2.º, 178.4.º y 304 CC. Asimismo, se refieren a él los artículos 138.2.º, 141 bis, 164, párr. 1.º y 3.º y 777.8.º, párr. 2.º LEC).

En la mayoría de ámbitos del derecho de familia intervienen de algún modo los menores, lo que indica, en opinión de cierto sector doctrinal, que su cuidado y las funciones en relación al menor constituyen el núcleo de atención de los derechos público y privado en materia de familia[322].

En primer lugar, debe determinarse en qué consiste ese interés y, en segundo lugar, qué es lo que más le conviene al menor en ese caso concreto. Parece que este interés debe conectarse con la preservación y garantía de los derechos fundamentales del menor[323]. La jurisprudencia del TC y del TS atribuye que el verdadero valor de

---

[321] BARCELÓ DOMENECH, J. "El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares ", *op. cit*., p. 800.

[322] ASUA GONZÁLEZ, C.I. "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *op. cit.*, p. 8.

[323] La labor judicial se complica cuando, junto al interés del menor, concurren otros intereses también dignos de consideración. Se deben destacar los artículos 2.1.º y 4.º LOPJM, de cuya lectura se puede destacar que, en caso de que en un asunto concurran el interés del menor y otros intereses legítimos, el primero será preeminente, pero de entre las medidas que respondan al interés del menor, deberá prevalecer aquélla o aquéllas que respeten asimismo los demás intereses legítimos concurrentes. Si no es posible garantizar todos estos derechos, el interés del menor se priorizará -en este sentido, también, SSTC 215/1994 (Pleno), de 14 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:215 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994); 260/1994 (Sala Primera), de 3 de octubre de 1994, ECLI:ES:TC:1994:260 (BOE núm. 267, de 08 de noviembre de 1994); 60/1995 (Pleno), de 16 de marzo de 1995, ECLI:ES:TC:1995:60 (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995); 134/1999 (Sala Primera), de 15 de julio de 1999, ECLI:ES:TC:1999:134 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999); 141/2000 (Sala Segunda), de 29 de mayo de 2000, ECLI:ES:TC:2000:141 (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000), y STEDH de 23 de junio de 1993, *Hoffmann c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:1993:0623JUD001287587-. Cuando el resto de intereses legítimos sean derechos fundamentales de otras personas, estos deberán ser valorados en todo caso. A este respecto, se ha sostenido que el interés del menor "es el que resulta de la propia persona considerada en su dignidad, los derechos que son inherentes, dentro de los que se incluyen tanto los fundamentales, comunes a todas las personas, como los específicos señalados por las normas propias (…) y que integran la relación de filiación", así como que la tarea del juez es muy difícil, ya que debe atender a todas las circunstancias del caso, para lo que serán imprescindibles la intervención de todas las partes implicadas y la objetividad. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, pp. 82 y 86.

proteger el interés del menor consiste en estar intrínsecamente vinculado al libre desarrollo de su personalidad (cfr. art. 10 CE)[324].

El sistema de protección a la infancia -como sucede, en general, con todo el sistema público de protección para con los sujetos a los que atiende- persigue amparar a la persona del menor -y no sus bienes-, no mediante el reemplazo de su capacidad de obrar, sino a través de la promoción de su personalidad y la atención de sus necesidades cuando quienes debieran atenderla no lo hagan, de modo que no quede desamparado[325]. En un sentido parecido, otro sector de la doctrina ha subrayado que el menor de edad tiene capacidad de obrar, sólo que se trata de una capacidad de obrar limitada que va ampliándose en función de la edad hasta alcanzar carácter absoluto en la mayoría de edad[326], y recuerda que se recoge, junto al principio del interés superior del menor, la regla de la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (cfr. art. 2.1 LOPJM, párr. 2.º), por lo que no existe una lista cerrada de casos en los que puede actuar el menor. Los titulares de la función parental pueden, no obstante, hacer valer las acciones oportunas contra los propios actos del menor que lo perjudiquen. Resume este sector

---

[324] Entre otras, STC 99/2019 (Pleno), de 18 de julio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), FD 4.º, a); SSTS 565/2009 (Sec. 1.ª), de 31 de julio de 2009, Roj: STS 5817/2009, FD 6º; 397/2011 (Sec. 1.ª), de 13 de junio de 2011, Roj: STS 4911/2011 y 26/2013 (Sec. 1.ª), de 5 de febrero de 2013, Roj: STS 229/2013, FD 3º, apdo. 2. Dice expresamente esta reiterada doctrina que "el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada". También en este sentido, un sector de la doctrina ha definido el interés del menor "como la garantía del cumplimiento de sus derechos fundamentales", sobre la base de los principios enumerados en el artículo 10.1 CE. Así, VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), "El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 15, 2002, p. 41.

[325] FERNÁNDEZ ARROYO, M. "La reforma del sistema público de protección del menor en el ordenamiento jurídico español", en ACEDO PENCO, A., SILVA SÁNCHEZ, A. (Coords.), DE PERALTA CARRASCO, M. (Dir.), *Derecho de familia, nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo,* Madrid, Dykinson, 2016, pp. 134-135, que se inspira, asimismo, en lo que en relación al sistema público de protección en general había escrito DE PABLO CONTRERAS, P. "Comentario al art. 172 del Código civil", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil: desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 46.

[326] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestad parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña, op. cit.*, p. 107.

doctrinal, como caracteres de la autonomía del menor[327], los siguientes: a) concurrencia de la autonomía con la potestad parental, b) desplazamiento de la representación legal -en algunos casos la excluirá, en otras será complementaria, y cuando no quepa la autonomía, aquélla será necesaria, aunque tras la actuación del menor, los titulares de la potestad podrán ejercitar las acciones pertinentes si creen que aquélla perjudica al menor-, c) es una autonomía relativa, y no absoluta como la de los mayores de edad no incapacitados, y d) es una autonomía particular y no general porque no se tiene para cualquier acto, sino para algunos actos en concreto, coexistiendo con la potestad[328]. Así, por ejemplo, se reconoce la capacidad del menor de catorce años para declarar como testigo en juicio, aunque la autoridad judicial deberá comprobar que tiene discernimiento suficiente para ello (cfr. art. 361, párr. 2.º LEC). Sobre estos supuestos de "excepción legal" a la regla general de carencia de capacidad de obrar, otro sector de la doctrina ha señalado que el libre desarrollo de la personalidad del menor exige superar esta "vía de excepción utilizada como técnica legislativa" y recuerda que, a través de la limitación de la capacidad de obrar, lo que se persigue es la exigencia de protección de los menores, entre otras personas, por los posibles perjuicios que pudieren acarrearles sus propios actos debido a su carencia de madurez o a sus circunstancias físicas o psíquicas[329].

En el caso español, al contrario que otros países del entorno, se tienen en cuenta dos aspectos del interés del menor: el objetivo y el subjetivo. El primero abarca cualquier beneficio para su formación y educación y el segundo se corresponde con sus propios deseos[330]. Al mismo tiempo, es un concepto que puede

[327] En la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes de 1995, de la CA de Cataluña, ya derogada y sustituida por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, pero extrapolables igualmente al sistema estatal.

[328] *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2005, pp. 11-13.

[329] Así, ANGOSTO SÁEZ, J.F. "El sistema de protección de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico español", en COBACHO GÓMEZ, J.A., LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 207 y 214.

[330] Esta jurisprudencia ha sido establecida en SAP Valencia 387/2011 (Sec. 10.ª), de 23 de mayo de 2011, Roj: SAP V 2606/2011, FD 1.º y ha sido repetida desde entonces por la Sala en multitud de ocasiones, por ejemplo, en la SAP 698/2013, de 28 de octubre de 2013, Roj: SAP V 5020/2013, FD 6.º o, más recientemente, en la SAP Valencia 762/2019 (Sec. 10.ª), de 18 de noviembre de 2019, Roj: SAP V 4582/2019, FD 6.º. En su argumento menciona que en los derechos francés e inglés se da prioridad al aspecto psíquico.

variar y se puede adaptar, imbuido tanto por datos técnicos como humanos y sociales[331].

Entre los textos normativos que forman parte del ordenamiento jurídico español y contemplan o tratan el interés del menor se hallan, además de los instrumentos jurídicos internacionales y europeos citados previamente, algunas normas de producción interna, estatales y autonómicas. En consonancia con aquéllos, el legislador español ha elaborado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (en especial, art. 3)[332]. Más recientemente, se han publicado dos leyes en materia de protección de menores: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de mismo nombre que la anterior. La primera regula derechos fundamentales y busca establecer un marco de aplicación uniforme en todo el territorio español.

La LO 8/2015 reforma el artículo 2 de la LO 1/1996 e introduce una lista de criterios en orden de concretar el interés superior del menor, que muy resumidos son:

a) la protección del derecho a la vida, desarrollo del menor y satisfacción de sus necesidades básicas;

b) la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones y de su derecho a participar en el proceso de determinación de su interés;

c) la conveniencia de que su vida y desarrollo se den en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, y

d) la preservación de su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma, así como su no discriminación por éstas u otras condiciones.

Son unos criterios muy generales; son criterios más específicos, sin embargo, la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial y la conveniencia del

[331] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, p. 82.

[332] B.O.E. núm. 15, de 17 de enero de 1996.

regreso del menor a su propia familia siempre que se adecúe con su interés, los cuales aparecen en la letra *c)* del artículo 2.2.º LO 1/1996.

Por otro lado, también se introduce una lista de elementos a tener en cuenta a la hora de ponderar esos criterios -art. 2.3.º LO 1/1996-, como la edad y madurez del menor o la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación.

Se cuestiona la suficiencia de estos criterios y elementos, aunque ambas listas carecen de carácter exhaustivo. Asimismo, se advierte que el legislador debiera haber introducido mejor una relación con los supuestos de hecho más comunes y relevantes y haber establecido, al respecto, una serie de criterios específicos[333].

Además, en los procedimientos sobre menores se deben respetar, entre otras cuestiones, su derecho a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso; la intervención en el proceso de sus representantes legales y el Ministerio Fiscal en defensa de su interés o la motivación de la decisión adoptada que incluya los criterios utilizados, elementos aplicados y garantías procesales respetadas (cfr. art. 2.5.º LO 1/1996). En la tarea de concretar el interés de menor tiene relevancia, naturalmente, la participación del propio menor[334], y su inadvertencia en el proceso judicial puede conllevar la nulidad en las actuaciones[335].

---

[333] En este sentido, NÚÑEZ ZORRILLA, C. "El interés superior…, *op. cit.*, pp. 125, 127 y 129.

[334] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 171 y 177. El autor manifiesta que, aunque la audiencia del menor es preceptiva, sus opiniones no son vinculantes para el juez, si bien opina que las mismas pueden ser igualmente provechosas porque de ellas se puede revelar información y el verdadero sentir del menor. Se tienen en cuenta los deseos del menor -en relación a la fijación del régimen de guarda y custodia compartida-, por ejemplo, en la STS 391/2015 (Sec. 1.ª), de 15 de julio de 2015, Roj: STS 3217/2015, FD 3.º, 3-. Y ello porque la Sala Primera del Tribunal Supremo ha fijado una serie de criterios específicos en relación a la interpretación de los artículos 92. 5.º, 6.º y 7.º CC, entre los que se hayan los deseos expresados por los menores -*vid*., entre otras, la referida sentencia y las citadas en ella -FD 3.º, 2- y, más recientemente, STS 110/2017 (Sec. 1.ª), de 17 de febrero de 2017, Roj: STS 474/2017, FD 3.º, 3-. Son ejemplos de sentencias en las que se pone de manifiesto la importancia de atender a los deseos del menor las SSTSJ Cataluña 29/2015 (Sec. 1.ª), de 4 de mayo de 2015, Roj: STSJ CAT 5647/2015, FD 6.º y 2/2014 (Sec. 1.ª), de 9 de enero de 2014, Roj: STSJ CAT 5/2014, FD 5.º y 6.º. Concretamente, en esta última, se contemplan una serie de condiciones para que puedan tomarse en consideración los deseos del menor. Éstas son: "a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores" -FD 5.º-. Se recuerda que las opiniones del menor deben ser valoradas, pero no son vinculantes, porque no es él quien tiene la última palabra sino la autoridad judicial por cuanto tiene encomendada la función de determinar el interés superior de ese menor, en la STSJ Aragón, 1/2016 (Sec. 1.ª), de 13 de enero de 2016, Roj:

Además de todos estos aspectos generales a tener en cuenta, cada materia suele hacer referencia de forma específica al interés del menor, concretando algunos aspectos a considerar en la aplicación de las normas de que se trate.

Algunos autores consideran que se trata de un "término vago y subjetivo", de modo que en cada lugar puede tener una significación diferente[336]. Con independencia de esa última afirmación, a mi juicio, la primera parte no parece acertada. No es lo mismo un término vago que un concepto jurídico indeterminado. En ninguno de los instrumentos legales o convencionales se concreta dicho interés, porque es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido acaba por ser objeto de la labor de los aplicadores del derecho[337]. Tampoco creo que se trate de un término subjetivo, puesto que el interés de un concreto menor existe y no se lo inventa el juez en atención a su propio criterio. Su labor no es proporcionar un interés de la nada, sino concretar el que ya existe con base en los criterios fijados legal y jurisprudencialmente -que atenderán a los hechos probados del caso-, ya sea con carácter general o específico.

Ahora bien, ello no quiere decir que el juez, en su tarea, no goce de discrecionalidad. Su labor aquí no está legalmente tasada sin ningún tipo de margen de libertad, sino que tiene cierta discrecionalidad o libertad de apreciación. Esta debe mantenerse dentro de los márgenes determinados por la ley y, si ésta no los concreta, el "límite genérico" es la finalidad de la norma. De sobrepasarse esos límites, no estaríamos hablando de discrecionalidad, sino de arbitrariedad[338].

STSJ AR 4/2016, FD. 3.º. Y por esa misma razón, tampoco le vinculan los informes psicológicos de especialistas que han evaluado al menor y su situación -STSJ Aragón 2/2018 (Sec. 1.ª), de 18 de enero de 2018, Roj: STSJ AR 20/2018, FD 3.º, ap. 12.

[335] SSTS 302/1987 (Sec. 1.ª), de 14 de mayo de 1987, Roj: STS 9107/1987, FD 1.º, 413/2014 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 2014, Roj: STS 4233/2014, FD 5.º y 6.º, 157/2017 (Sec. 1.ª), de 7 de marzo de 2017, Roj: STS 851/2017, FD 2.º y 3.º y 18/2018 (Sec. 1.ª), de 15 de enero de 2018, Roj: STS 41/2018, FD 3.º y 4.º.

[336] MOYA ESCUDERO, M., A*spectos internaciones del derecho de visita de los menores,* Comares, Granada, 1998, pp. 32-33.

[337] En este sentido, se ha señalado que es un concepto "abierto" que debe ser completado por los jueces. ROCA I TRÍAS, E. *Libertad y familia*, *op. cit.*, p. 67.

[338] Así ha sido expuesto por un sector de la doctrina, que ha distinguido entre dos formas que puede revestir la intervención judicial en materia de familia: una reglada sin margen de libertad y otra discrecional, con cierto margen de libertad, pero no carente de límites, y entre la que se halla la labor de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados. *Vid*. REVERTE NAVARRO, A. *Intervención judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil)*, *op. cit.*, pp. 17 y 20-21. La razón de ello radica en que el legislador sabe que existen ciertos elementos que no tienen expresión en

Por su parte, el Tribunal Supremo ha establecido una serie de principios que desarrollan el principio del interés del menor:

- Las normas en materia de interés del menor son de obligado cumplimiento por jueces y tribunales, ya que tienen características de orden público[339].

- Los jueces y tribunales deben adoptar de oficio cualesquiera medidas que sean necesarias para proteger el interés del menor (con posibilidad de sustituir la voluntad de las partes del proceso si fuera necesario), en atención a las circunstancias personales del mismo[340].

- Es posible acceder al TS mediante la casación en el caso de que el interés del menor no se haya observado adecuadamente[341].

---

la "regulación abstracta de las normas", pero que forman parte de su *ratio* y necesitan de la intervención judicial para ser ponderados justamente (p. 28).

[339] SSTS 614/2009 (Sec. 1.ª), de 28 de septiembre de 2009, Roj: STS 5707/2009, FD 2º y 258/2011 (Sec. 1.ª), de 25 de abril de 2011, Roj: STS 2666/2011, FD 3.º.

[340] STS 769/2011 (Sec. 1.ª), de 11 de noviembre de 2011, Roj: STS 7327/2011, FD 4º.

[341] La correcta observancia del interés del menor no está reñida con la amplia discrecionalidad de que goza la autoridad judicial en la valoración de la prueba. De este modo, la STSJ Aragón 10/2017 (Sec. 1ª), de 11 de mayo de 2017, Roj: STS 26/2017, ha apuntado en su FD 6.º que "El interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido y alcance en cada caso ha de fijarse conforme a las circunstancias concurrentes, según los hechos admitidos y el resultado de la prueba practicada en el proceso", prueba cuya valoración corresponde a las instancias y no es revisable en casación -como han determinado las STS 567/2007 (Sec. 1.ª), de 27 de mayo de 2007, Roj: STS 4499/2007, FD 9.º y 13.º, y 253/2008 (Sec. 1.ª), de 15 de abril de 2008, Roj: STS 4597/2008, FD 3.º y 5.º-. Sin embargo, como resume la STS 263/2016 (Sec. 1.ª), de 20 de abril de 2016, ROJ: STS 1658/2016, la doctrina seguida por la Sala significa que la valoración de la prueba practicada en instancia sólo puede ser revisada, con carácter excepcional, "como infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad (SSTS 646/2006 (Sec. 1.ª), de 20 de junio de 2006, Roj: STS 3722/2006, FD 4.º, 776/2006 (Sec. 1.ª), de 17 de julio de 2006, Roj: STS 4322/2006), o por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS 242/2001 (Sec. 1.ª), de 16 de marzo de 2001, Roj: STS 2137/2001, 704/2000 (Sec. 1.ª), de 10 de julio de 2000, Roj: STS 5664/200, 284/2005 (Sec. 1.ª), de 21 de abril de 2005, Roj: STS 2480/2005, entre otras). En defecto de todo ello dicha valoración es función de la instancia ajena a las potestades de casación (STS 567/2007 (Sec. 1.ª), de 27 de mayo de 2007, Roj: STS 4499/2007, y 253/2008 (Sec. 1.ª), de 15 de abril de 2008, Roj: STS 4597/2008)" -FD 3.º-. En este sentido, también la STS 201/2012 (Sec. 1.ª), de 26 de marzo de 2012, Roj: STS 1838/2012, FD 3.º, que ha señalado que "el error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC , cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE". Por tanto, es posible que la incorrecta observación del interés del menor permita el acceso a la casación.

- El órgano juzgador tiene una amplia discrecionalidad en materia de relaciones personales, tanto en lo que se refiere a la fijación de los regímenes de comunicación, visitas y convivencia como para decidir sobre cualquier otra circunstancia concreta que surja en atención al interés del menor. La justificación radica en que el interés del menor a valorar en cada caso debe ser concretado mediante una valoración judicial cuyos únicos límites son el bienestar del propio menor y que la apreciación sea lógica y se ajuste a las máximas de la experiencia y a las normas de la sana crítica[342].

Estos principios han sido recogidos después por algunos tribunales inferiores[343].

Se ha subrayado cómo, hoy día, la disciplina del menor ha dado un giro y la orientación de las políticas en la materia debe ser más promocional que proteccionista[344], circunstancia que exige del intérprete un enfoque multidisciplinar, el respeto al espíritu de la norma, pero también estar dispuesto a hacer frente a los retos que lleva aparejados la evolución de la sociedad[345].

---

[342] STS 492/1993 (Sec. 1.ª), de 21 de mayo de 1993, Roj: STS 17560/1993.

[343] Entre otras resoluciones, en la SAP Barcelona 678/2016 (Sec. 12ª), de 29 de septiembre de 2016, Roj: SAP B 11770/2016, FD 2.º; 375/2017 (Sec. 12ª), de 11 de abril de 2017, Roj: SAP B 4586/2017, FD 2.º, y 491/2017 (Sec. 12ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP B 10680/2017, FD 2.º.

[344] Esto se puede observar también, del texto los artículos 9 *bis* a 9 *quinquies* de la LO 1/1996, de 15 de enero, añadidos por el art. 1.4.º de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que recogen los deberes -con carácter general- de los menores en los ámbitos familiar, escolar y social. Ya no se considera a los menores sólo como sujetos pasivos a los que hay que proteger de modo paternalista, sino que son sujetos activos, cuyos derechos deben ser promocionados, pero, correlativamente, también tienen obligaciones. En este punto, se hace necesario mencionar el contenido de los artículos 9 *bis* y 9 *ter*: "Artículo 9 bis. Deberes de los menores. 1. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social. 2. Los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. Artículo 9 ter. Deberes relativos al ámbito familiar. 1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares. 2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo".

[345] PANE, R. "Dalla protezione alla promozione del minore", *Rassegna di diritto civile*, fasc. 1, 2019, p. 103. También en este sentido, un sector de la doctrina española ha explicado que proteger al menor a través de la causa de su interés superior no equivale a pretender lo mejor para él, sino en asistirle en la adquisición de una cada vez mayor autonomía e identidad para que sea él mismo quien pueda ejercer sus propios derechos. Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 28.

3. LOS DERECHOS DEL MENOR A SER INFORMADO Y OÍDO

Mucho se ha hablado del interés del menor y de que todas las decisiones en materia de menores van orientadas a su protección y promoción. Pero todo ello suena, en principio, bastante paternalista. Parece, más que importante, esencial para determinar aquel interés, conocer la opinión del concreto menor acerca de las decisiones que se baraje adoptar sobre su persona. Ello no quiere decir que el interés del menor se identifique siempre con los deseos manifestados por éste, pero parece coherente que, al menos, se deba oír al protagonista. Muy difícilmente podría llevarse a cabo, si no, la labor de interpretación de este concepto jurídico indeterminado. Como es de sobra conocido, los progenitores no siempre saben reconocer lo que es más beneficioso para sus hijos y, de hecho, en numerosas ocasiones lo confunden con lo que resulta más beneficioso para sí mismos.

En el ámbito de la ONU, se establece la obligación para los Estados de garantizar a los menores con suficiente juicio "el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño" (cfr. art. 12.1.º CDN). Además, se especifica como una de las formas concretas de ejercicio de ese derecho, el darle "la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo" que le afecte (cfr. art. 12.2.º CDN).

Asimismo, en el ámbito interno, la LO 1/1996 reconoce, con carácter general, el derecho del menor a ser oído y escuchado (cfr. art. 9). Así, este derecho se reconoce "tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social", para lo cual habrá de informarse al menor de forma adecuada (cfr. apdo. 1.º). En el caso de que se deniegue la audiencia del menor o de la persona que lo represente, la decisión habrá de motivarse en el interés superior del menor (cfr. apdo. 3.º).

También se contempla el deber de audiencia al menor en el ámbito interno con carácter específico (cfr. arts. 92.2.º y 6.º, 154, párr. 5.º, 156, párr. 3.º, 158. 6.º, 159, 161, 172 ter, 3.º, 173.4.º b), 176 bis. 1.º, 177.3.3.º, 178. 4.º, párr. 2.º, 231, 237, párr. 2.º, 248, 273 CC y los artículos 770.1.4.ª, párr. 2.º y 3.º, 777.5.º, 778 bis, 6.º, párr. 3.º LEC y 780.1.º, párr. 3.º).

A propósito de las relaciones parentofiliales, el Código Civil establece la obligación de oír al menor si tienen madurez suficiente antes de adoptar cualquier decisión que les incumba (cfr. art. 154, párr. 4.º CC). El precepto no especifica por quién deben ser oídos o la naturaleza de las decisiones, así que parece desprenderse que el deber de oír al menor se aplica tanto a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, como a la autoridad judicial que pueda conocer de un asunto en que se vea inmerso un menor. Asimismo, se fija el deber para el juez de oír al menor cuyos padres están separados y no han convenido sobre la guarda, antes de decidir sobre la persona a cuyo cuidado quedará (cfr. art. 159 CC). El precepto requiere que el menor tenga suficiente juicio o que haya alcanzado los doce años. Puede que el legislador pretenda recalcar la importancia de oir al menor a este propósito, pero dicha medida ha de ser adoptada en general, en todos los procedimientos sobre menores. También se establece la misma obligación para el juez antes de constituir la tutela, si el tutelado tiene juicio suficiente o ha cumplido los doce años (cfr. art. 231 CC).

El derecho aragonés también prevé la audiencia preceptiva del menor con suficiente juicio o mayor de doce años, con carácter previo a la aprobación de una medida o resolución o toma de decisión sobre su persona o sus bienes (cfr. art. 6 CDFA)[346]. Su capacidad de obrar se interpretará de forma restrictiva (cfr. art. 7.2.º CDFA), aunque, con carácter general, la ley precisa una serie de actuaciones que el menor puede llevar a cabo por sí sólo: ejercer los derechos de la personalidad, suscribir actos o contratos de carácter ordinario que se correspondan con los usos sociales de acuerdo con su capacidad natural y cualquier otro acto que la ley le permita realizar sin representación o asistencia (cfr. art- 7.1.º CDFA). La representación legal del menor es hasta los catorce años, momento a partir del cual sólo se requiere la asistencia para completar su capacidad (cfr. art. 5.3.º CDFA).

Por su parte, el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat.)[347], establece la misma obligación de oír al menor en los asuntos personales o patrimoniales que le afecten, teniendo en cuenta su edad y capacidad o si ha alcanzado los doce años (cfr. art. 211-6.2 CCCat.). De hecho, el menor puede, de forma autónoma, realizar los actos relativos a los derechos de la personalidad -salvo que una ley disponga lo

[346] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón" -en adelante CDFA-, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29/03/2011).

[347] Concretamente, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia [DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010]-).

contrario-, a bienes o servicios que sean propios de su edad y otros actos que la ley permita, siempre según su edad y capacidad natural (cfr. art. 211-5 CCCat.).

El legislador francés realiza una previsión similar, pero no idéntica, introducida por la Ley francesa de 4 de marzo de 2002 relativa a la autoridad parental. Establece desde entonces el CCF el deber de los progenitores de hacer partícipe al hijo de las decisiones que le atañan, en atención a su edad y grado de madurez (cfr. art. 371-1, párr. tercero CCF)[348].

En el derecho italiano, el *Codice Civile*[349], establece el derecho del menor a ser escuchado en todos los asuntos y procedimientos que le conciernan si ha cumplido los doce años o si, teniendo menos edad, tiene discernimiento suficiente (cfr. art. 315 *bis*, párr. 3.º).

Más resuelto ha sido el legislador suizo, que determina que los progenitores han de permitir al hijo que organice libremente su vida, siempre que tenga madurez para ello; y para los asuntos importantes han de tener en cuenta su opinión siempre que sea posible (cfr. art. 301, apdo. 2.º ZGB)[350]. Con esta disposición se reconoce al menor como sujeto autónomo, en la medida que sea posible, lo cual se halla en sintonía con las nuevas tendencias de no limitar la capacidad de obrar del mismo si no es imprescindible y no limitarse a protegerlo, sino también promocionarlo, por ser éste el mejor modo de promover el libre desarrollo de su personalidad.

---

[348] *Code Civil des Français* (en adelante, CCF), de 21 de marzo de 1804, consultado en https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 el 26/07/2020. Se ha señalado que este deber de hacer partícipe se configura más como una obligación parental que como un derecho del hijo. Su enunciación en términos no jurídicos hace que no sea un imperativo claro y concreto, por lo que se circunscribe al deber de informar al menor y su opinión no es vinculante. El poder de decisión sigue siendo de los progenitores. En este sentido, GOUTTENOIRE, A. "Les droits de l'enfant", *op. cit.*, pp. 579-580. Otros autores, menos críticos, han afirmado no obstante, la necesidad de los acuerdos en el seno de la familia para salvaguardar la cohesión entre sus miembros cuando se presentan problemas -en la que han justificado la previsión legal del art. 371-1 CCF-. Así, BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, Issy-Les-Molineaux, LGDJ (Lextenso éditions), 2014, p. 364. Es cierto que el legislador francés se ha quedado corto, pero al menos se garantiza que las decisiones que se adopten en relación al menor no le serán desconocidas, y en los mejores casos, los progenitores tal vez no resuelvan en contra de la opinión del menor, o cuanto menos lo escuchen.

[349] R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Consultado en https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile el 26/07/2020.

[350] Es la abreviatura de *Zivilgesetzbuch*, por la que es conocido. Para este trabajo se ha utilizado su versión en italiano -*Codice Civile Svizzero* del 10 dicembre 1907- del portal del gobierno suizo, consultada en https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19070042/index.html el 26/07/2020.

En los derechos de Inglaterra y Gales, la *Children Act 1989* dispone que el tribunal deberá tener en cuenta los deseos y sentimientos comprobables del menor en función de su edad y comprensión, pero tasa las circunstancias en las cuales se llevará a cabo esta medida (cfr. § 1(3)(a))[351]. No obstante, entre ellas se encuentra el caso en que el juez deba decidir sobre una orden de las de la § 8 (cfr. § 1(4)(a)).

Se observa cómo la tendencia en los Estados del entorno es muy similar, pues la mayoría convienen en la necesidad de escuchar al menor a partir de los doce años, en todo caso, y antes incluso, si tuviere madurez suficiente para ello. No obstante, se desprende que algunos ordenamientos jurídicos realizan previsiones de mera información o audiencia al menor, mientras que otras van un poco más lejos y consideran al menor como sujeto autónomo para realizar los actos propios de su edad. En esta última línea, destaca la regulación operada por los legisladores catalán y suizo y, en mi opinión, es la solución más adecuada y respetuosa con la necesidad de impulsar que sea el propio menor quien ejerza sus derechos y libertades, que actúe en su propio interés e incluso asuma sus propias obligaciones -dentro de lo que resulte apropiado a su edad- con el fin de que se convierta en un sujeto responsable e independiente. En este sentido, es conveniente que la representación del menor se sustituya por la asistencia siempre que sea posible y que no perjudique su interés superior.

[351] Consultado en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41 el 26/07/2020.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DEL MATRIMONIO

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizados el modelo constitucional de familia y los específicos tipos familiares que tienen lugar en la sociedad española, corresponde centrarse en aquél de ellos que constituye el objeto central de estudio de la presente tesis doctoral: la familia reconstituida sobre la base del matrimonio.

Como ya se adelanta en el capítulo primero, este tipo de familia es la constituida por dos personas, del mismo o distinto sexo, que contraen matrimonio y aportan a la convivencia los hijos de una de ellas o ambas, fruto de una anterior unión -de hecho o conyugal- y a la que, con frecuencia, suman hijos comunes. Los hijos no comunes pueden ser menores o mayores discapacitados.

Algún autor ha incluido en la definición de las familias reconstituidas a las formadas por el progenitor no custodio y su nueva pareja estable con respecto a los hijos de una anterior unión, por considerar que la nueva pareja estará presente en algunos momentos de la vida familiar[352].

El INE, por su parte, define a este tipo de familias como "Pareja en la que hay algún hijo no común, fruto de una relación anterior"[353].

Vistas desde otro ángulo, se trata de una confluencia de relaciones familiares creadas a causa de matrimonios -o relaciones de hecho- que se suceden en el tiempo. El de los matrimonios sucesivos es un fenómeno social que el derecho debe

[352] MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 28, 1999, p. 374.

[353] Definición extraída de "Censos de Población y Viviendas de 2011" -nota de prensa de 12 de diciembre de 2013-.

considerar y al que debe ofrecer una solución jurídica[354]. Se ha señalado que, de cada cinco matrimonios (22%), uno de ellos constituye el segundo matrimonio para alguno de los contrayentes[355].

Se trata de un modelo familiar del que se dispone de poca información y escasamente estudiado en el ámbito jurídico. Es, sin embargo, de gran interés social y por ello es objeto de estudio de múltiples y heterogéneas disciplinas, como la sociología, la psicología, la antropología, la demografía, la psiquiatría, la educación y la medicina. Existe, asimismo, algún estudio interdisciplinar que tiene como base los núcleos recompuestos de convivencia[356].

En el ámbito de la demografía, en donde son de gran utilidad las fuentes estadísticas, se ha revelado "la heterogeneidad sociodemográfica" de las familias reconstituidas españolas en relación a diversos aspectos: en primer lugar, si es el hombre o la mujer, o son ambos, los que aportan hijos no comunes a la convivencia; en segundo lugar, si conviven también hijos comunes, y en tercer y último lugar, si la unión se basa en el matrimonio o en la mera convivencia[357].

Se observa, por su origen, que las razones para formar una familia nueva han variado con respecto a otras épocas. Antiguamente, cuando no existía el divorcio y la tasa de mortalidad era superior -también para la población más joven-, la viudez prematura permitía la configuración de estas nuevas familias. La principal causa, en estos casos, y a pesar de que en algunos casos pudiera darse asimismo un factor romántico, era la necesidad de proporcionar un padre o una madre a los hijos del anterior matrimonio. Es decir, tenía una naturaleza funcional y pretendía mejorar la situación de la familia. Sin embargo, en la actualidad, los viudos y viudas representan la tasa más baja de personas que forman una familia reconstituida. En 2012, en el 53,2% de los supuestos de disolución conyugal -separación y divorcio- acontecidos en España existen hijos menores y en un 9,6% se presentan hijos mayores dependientes[358]. La introducción del divorcio en España, la larga esperanza

[354] DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *Familia (Rivista di diritto e della famiglia e delle successioni in Europa)*, nº 4-5, 2005, p. 767.

[355] CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, *op. cit.*, p. 5 -datos extraídos del INE, Indicadores Demográficos Básicos-.

[356] *Vid*. AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social*…, *op. cit*., pp. 1-326.

[357] TREVIÑO, R., GUMÀ, J., PERMANYER, I., *Nuevas familias e igualdad de género: las familias reconstituidas*, cit. en TREVIÑO, R., GUMÁ, J. ''De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*'', op. cit.*, p. 289.

de vida y las oportunidades que ofrecen los nuevos tiempos, han transformado el panorama. Se puede deducir que las razones de divorciados y solteros para formar una de estas familias no se basan tanto en la necesidad como en el libre desarrollo de la personalidad.

Parece lógico imaginar por qué, en la actualidad, estas familias originan más problemas que antaño, es decir, por qué se hace esencial una regulación de las mismas: si en tiempos pasados se buscaba mejorar la situación de la familia, se ha de pensar que aportaba más soluciones que complicaciones. Si en el presente no se da tal necesidad y, además, existe otro progenitor de los hijos no comunes, las dificultades son más que evidentes.

Ciertos estudios demográficos revelan que entre los caracteres más comunes a la hora de formar una familia reconstituida se encuentran ser mujer, madre en situación de monoparentalidad, tener uno o pocos hijos y ser extranjera[359].

Los datos que arrojan los últimos Censos de Población y Viviendas llevados a cabo por el INE (2011) revelan que un 7,03% de las parejas con hijos forman una familia reconstituida. Se trata, en concreto, de 496.135 familias de los 7.060.230 que conforman el total de parejas con hijos. De este modo, en el año 2011 había en España el doble de familias reconstituidas que una década antes (2001)[360]. No obstante, estos datos sólo evidencian los casos en que los hijos no comunes viven con la pareja.

Un estudio realizado en el ámbito de la Comunidad de Madrid, con base en los datos de Censos de Población y Viviendas del INE para el año 2001 concluye que la mayoría de familias reconstituidas son núcleos familiares de tres miembros -si conviven sólo hijos no comunes- o de cuatro miembros -si conviven hijos comunes y no comunes-. La mayor parte de estos hogares están formados por hombres o mujeres casados, seguidos de lejos por los solteros, los divorciados, los separados y

---

[358] CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, *op. cit.,* pp. 19-20.

[359] TREVIÑO, R., GUMÁ, J. ''De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*'', op. cit.*, p. 306.

[360] Censos de Población y Viviendas de 2011 -nota de prensa del INE de 12 de diciembre de 2013-. En realidad, el crecimiento de estas familias entre los años 2001 y 2011 ha sido del 110,8%, ya que en 2001 la cifra registrada fue de 235.385 familias de este tipo.

los viudos, por ese orden. Además, las familias reconstituidas suelen estar formadas por parejas jóvenes (de entre treinta y cincuenta años)[361].

Hace dos décadas, el porcentaje de parejas en segunda unión en los Estados Unidos era del 40% y en los Estados del norte de Europa esa cifra alcanzaba casi el tercio de las parejas. Cierta doctrina ha considerado la relación que puede haber entre el alto número de familias reconstituidas y la presencia del divorcio en estas sociedades desde épocas más tempranas y pronostica que la gradual aceptación del divorcio en Italia puede abrir la puerta a este tipo de formaciones familiares[362]. Lo mismo podría decirse de la sociedad española, donde el divorcio se admite incluso más tarde[363]. A este respecto, resulta oportuna la posición doctrinal que observa en la sociedad actual algo similar a una "fractura" por la que parece surgir un "mundo nuevo", en el cual se percibe y se mentaliza paulatinamente de la transformación -histórica- de las instituciones jurídicas y sus efectos[364].

Por otra parte, se pone de manifiesto que los hombres divorciados lo tienen más sencillo a la hora de emparejarse de nuevo. Se han ofrecido dos posibles razones: que el hombre, normalmente, no tiene la custodia sobre los hijos de anterior matrimonio o pareja y que la mujer parece más predispuesta a cuidar de hijos que no son suyos que los hombres[365].

Por tanto, queda revelado que las familias reconstituidas conllevan una variedad de aspectos y de relaciones jurídicas que la convierten en un fenómeno social de gran complejidad y problemática jurídica, imposible -y seguramente inadecuado- de abordar en todos sus aspectos en un solo trabajo. *V. gr.*, implica una amplia red de relaciones jurídicas -progenitores-hijo; cónyuge/pareja del progenitor-hijo no común; hermanastros…-, le afectan una heterogeneidad de problemas y

---

[361] SANTIAGO GORDILLO, P. "Identificación y descripción cuantitativa de las familias reconstituidas en la Comunidad Autónoma de Madrid", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op.cit.*, pp. 22 y 29-31. El estudio se efectúa tomando en cuenta a las parejas con hijos a través de la variable hijos comunes e hijos no comunes.

[362] MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*…, *op. cit.*, p. 372.

[363] El divorcio en Italia se introduce por la *Legge 1 dicembre 1970, n. 898, sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, también conocida como "*Legge Fortuna-Baslini",* mientras que, en España, como se sabe, no llega hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

[364] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit*., p. 10, si bien con referencia a la familia en general.

[365] MONCÓ REBOLLO, B. "Los procesos de separación y divorcio", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op.cit.*, p. 41.

consecuencias jurídicas -deber del cónyuge del progenitor de responder de las deudas del otro para el pago de los alimentos del hijo de su cónyuge; derecho de los hermanastros a mantener una relación familiar; finalización del deber de abonar pensión compensatoria cuando hay nuevas nupcias…- y hay una extensa tipología de familias reconstituidas -sobre la base de la convivencia o del matrimonio; formada por una pareja homosexual o heterosexual; con hijos propios de uno sólo de los cónyuges o de ambos; con o sin hijos comunes; con o sin otra figura progenitora no conviviente; con progenitores que comparten la custodia o con el binomio guardador-visitador…-. Se observa que las familias reconstituidas son, seguramente, el modelo familiar que entraña las más complejas relaciones entre sus miembros.

De este modo, el objeto del presente trabajo queda delimitado en lo siguiente: los aspectos jurídicos de la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común menor de edad y conviviente en el seno de una familia reconstituida sobre la base del matrimonio -la familia previa puede o no ser de base matrimonial-.

Se precisa que, no obstante, algunas de las cuestiones o soluciones jurídicas que se tratan se podrán aplicar también a la familia reconstituida sobre la base de la convivencia.

II. PROBLEMÁTICA DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

Debe evidenciarse una serie de cuestiones ligada a la problemática que encierran las familias reconstituidas: la dificultad para precisar unos términos adecuados con los que referirse tanto a estas familias, en sí mismas, como a sus miembros; su vasta tipología, que complica la provisión de una respuesta legal unitaria; la escasa atención del legislador hasta el momento, con un breve repaso de su tratamiento legal general en el ordenamiento jurídico español y, finalmente, cuáles han sido los interrogantes que se han planteado sobre estas familias, cuya solución puede ser propósito de futuros proyectos normativos.

1. DIFICULTAD TERMINOLÓGICA

Las familias constituidas por una pareja y, al menos, un hijo no común, han recibido nombres diversos por la doctrina: *familias reconstituidas, reconstruidas,*

recompuestas, combinadas, ensambladas…[366]. Otros nombres que ha recibido han sido *familias complejas, segundas familias* o *familias plurales*[367]. Un destacado sector doctrinal de la sociología contemporánea se ha referido a ellas con la expresión "familias sin nombre" -"*Des familles sans nom*"-[368].

En la doctrina italiana se ha deliberado sobre la conveniencia de usar uno u otro término. De un lado, al usar la voz *ricomposta* o *ricostituita* para referirse a este tipo de familias podría parecer que la primera familia se ha reconciliado[369]. Por ello, se ha propuesto un término que se considera más adecuado: *famiglia rinnovata* o *nuova famiglia*[370], expresiones que no buscan realizar un juicio de valor, sino únicamente señalar la nota de la novedad. También ha sido criticado el recurso al término *famigliastra* porque, aparte de desagradable, aunque pueda tener en lengua italiana cierta legitimidad lingüística, no es así desde el punto de vista técnico-jurídico[371].

De otro lado, no todos los autores entienden lo mismo cuando hablan de *famiglia ricomposta*. Un sector doctrinal considera que engloba toda la "constelación familiar", es decir, todos los núcleos familiares que se forman a partir de la separación de una primera familia[372]. Sin embargo, otra parte de la doctrina entiende

---

[366] El término "familia ensamblada" ha sido el elegido por un destacado sector de la doctrina argentina. Así, GROSMAN, C.P. "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil", *Pensamiento Civil*, pp. 85-108, consultado en http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina466.pdf el 26/07/2020; GROSMAN, C.P., MARTÍNEZ ALCORTA, I. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 34. También, en Uruguay, RAMOS CABANELLAS, B. ''Regulación legal de la denominada familia ensamblada'', *Revista de Derecho*, nº 1, 2006, pp. 189-207.

[367] *Vid.* Ponencia de BOSCH, A., "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial" en las *XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Nous reptes del Dret de família*, 2004, consultado en http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon/index.htm el 26/07/2020.

[368] BORDIEU, P. "Des familles sans nom", *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 113, núm. 1, 1996, p. 3-5.

[369] Hacen uso de la expresión *famiglia ricomposta*, entre otros, DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit.*, pp. 767-775; MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*, *op. cit.*, p. 369-384; CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 1-23.

[370] En este sentido, AULETTA T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive" en C.M. BIANCA, M. MALAGOLI TOGLIATTI, A.L. MICCI, *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, FrancoAngeli, Milano, 2005, p. 49.

[371] En este sentido, RESCIGNO, P. "Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte", en MAZZONI, S. *Nuove Costellazioni familiari*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 74.

que *famiglia ricomposta* es sólo aquélla formada por el progenitor custodio y su hijo y el nuevo cónyuge o conviviente de aquél, que asume el cuidado constante de este descendiente no común[373]. Este último sector distingue, pues, entre ésta y la *famiglia allargata*, que se identificaría con la primera descripción[374].

Es cierto que, tal vez, la expresión "segunda familia" no es la más acertada, porque da la impresión de que la primera familia existe todavía y que alguno de sus integrantes lleva una doble vida[375]. Además, piénsese en que un progenitor y sus descendientes podrían llegar a constituir sucesivamente varias familias, no sólo dos.

En realidad, el empleo de una u otra denominación es irrelevante. Todas son designaciones utilizadas por la doctrina en general. En mi opinión, los términos "reconstruida" o "reconstituida" tienen un gran sentido, puesto que las familias se "construyen" o se "constituyen" sobre la base del matrimonio o de la mera convivencia y, en estos casos, se "reconstruyen" o se "reconstituyen" también con fundamento en alguna de estas realidades[376].

En Francia se ha usado la expresión *famille eclatée* -que deriva del verbo *éclater* y significa "romper, dividir, fraccionar"- para denominar a la familia de origen[377]. Una familia reconstituida es conocida como *famille reconstituée* o *recomposée*. Al cónyuge del progenitor se le llama *beau-père* y *belle-mère*, o

---

[372] MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*…, *op. cit.,* pp. 369-384.

[373] AULETTA, T. *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 8.

[374] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.,* p. 7; ID. "Nuovi contesti familiari e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e riduzione dei costi individuali nella crisi familiare", *Famiglia, Persone e Successioni*, fasc. 1, 2012, consultado en http://bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG3010000905PRNT&FTC=27009&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=b496eedc6ce2b5f1694b13aa0b0f404f-163&# el 4/12/2017.

[375] En este sentido, AULETTA T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *op. cit.*, p. 49.

[376] En el ámbito legal, el CCCat. utiliza la expresión "familias reconstituidas" para denominar estos núcleos familiares. Así, en apartados II y III del Preámbulo del libro segundo del CCCat. y en su artículo 231-1.2.

[377] AULETTA T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *op. cit.*, p. 49.

simplemente *beau-parent*. También se puede observar el uso de la denominación *quasi-frères* y *quasi-soeurs* para referirse a los hermanastros[378].

Pero el problema terminológico no se circunscribe a la calificación de estas familias. También es complicado hallar una palabra para designar a sus miembros. Ni a la doctrina española ni a la italiana gustan los términos "padrastro", "madrastra", "hijastra" o "hermanastro" -en Italia, *patrigno* y *matrigna*-, a pesar de que ciertos autores los empleen con total naturalidad[379]. En realidad, la aversión a estas voces parece ser casi universal y se debe a la mala imagen que, sobre todo de la "madrastra", tiene la sociedad gracias a los cuentos clásicos[380], a lo que se suma la carencia de un término legal que los defina. Ha sido recalificado como "padre aparente"[381], y también como "padre social"[382], aunque estas expresiones no resultan

[378] En este sentido, la demógrafa VILLENEUVE-GOKALP, C. "La double famille des enfants de parents séparés, *Population,* nº 1, 1999, p. 10.

[379] Es el caso, por ejemplo, de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", *op. cit.*, pp. 181-198.

[380] En este sentido, ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies" (draft paper/ borrador), 2005, p. 3. Consultado en http://www.law.byu.edu/isfl/saltlakeconference/papers/isflpdfs/Engel.pdf el 26/07/2020. La autora sostiene que los cuentos clásicos han acabado por dar una connotación negativa a estos términos en casi todo el mundo, si bien recuerda que, en su origen, la malignidad no solía provenir de los padrastros ni de las madrastras, sino de los progenitores, circunstancia que fue alterada posteriormente por motivos de ventas; también, GERZOG, W.C. "Families for Tax Purposes: What about the Steps?", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 42, 2009, p. 806.

[381] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Novetats més rellevants del Llibre II del Codi Civil de Catalunya", *Món juridic: butlletí del Collegi d'Advocats de Barcelona*, nº 253, 2011, p. 29; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestad parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, pp. 118-119; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 181; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, p. 76 -en estas tres últimas aclara que, según la tradición latina, esta expresión equivaldría a progenitor putativo-. En la última obra citada, la autora aclara que la expresión no es muy rigurosa, pero se acerca a lo que define.

[382] En la doctrina española, TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Editorial Reus, 2009, a lo largo del trabajo; ID. - "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho,* nº 6, 2013, pp. 300-302 y 304; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 448. En la doctrina italiana, la expresión homóloga es "genitore sociale" o incluso "terzo genitore". En este sentido, MANTOVANI, M. "Le famiglie monoparentali", *op. cit.*, p. 31. Sin embargo, parece que la expresión "padre social" no es omnicomprensiva de todos los casos. No todos los cónyuges del progenitor convivientes con el menor desempeñan socialmente el papel de padre o madre, pues en muchos casos será el propio

inclusivas. En el caso de Italia, tal vez sea más adecuado el recurso a la expresión *terzo genitore*, empleada por algunos autores[383]. En cualquier caso, se desprende que la terminología no complace en Italia.

En el caso español es aún peor. La insatisfacción abarca otros conceptos. Los italianos disponen del vocablo *genitore* para referirse al padre o a la madre de una forma común e inclusiva y *genitorialità* para aludir a la maternidad y a la paternidad del mismo modo. También los franceses. Sin embargo, en castellano la palabra "progenitor" -que, además, tiene su versión femenina, "progenitora"- se emplea únicamente para designar a quien es padre o madre biológico, y no se dispone de un término inclusivo y común para denominar la "paternidad" y la "maternidad"[384]. En principio, la expresión "parentalidad" viene reservada a los parientes en la tradición jurídica española. No deben confundir las expresiones anglosajonas *parental* o *parenthood* porque en este caso derivan de la palabra *parent* que se refiere, no a los parientes, sino a los padres[385].

Sin embargo, debe realizarse una aclaración sobre el significado del vocablo "parental" en lengua castellana. Al acudir al diccionario de la RAE, se advierte que la palabra "pariente" deriva del latín *parens, -entis*, que significa "padre" o "madre" y que se traduce por "pariente" en latín tardío. Por otro lado, "parental" deriva del latín *parentalis*, que se traduce como "relativo a los padres", lo que coincide con su primera acepción, que incluye también a los parientes. La otra acepción de "parental" se usa en el ámbito de la biología para referirse a uno o ambos progenitores. Esta circunstancia puede aportarnos el uso de expresiones como "parentalidad" o

---

progenitor biológico no conviviente el que lo ejerza. Tal figura parece corresponderse más bien con una más técnica en derecho español, que es la posesión de estado.

[383] RUSCELLO, F. "Potestà dei genitori *versus responsability*", *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 2, consultado en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/convpersona_ruscello_potesta.pdf el 26/07/2020. Esta figura ha sido tratada, especialmente, por STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, p. 111.

[384] El vocablo "progenitor" se refiere en exclusiva a la madre y al padre biológicos, tanto etimológicamente como en la tradición jurídica. No resulta lógico el uso de esta palabra para designar al cónyuge del padre o madre, por ejemplo, como "progenitor social", cuando tampoco se usa para aludir a una persona sobre la que sí viene establecida la filiación: la madre y el padre adoptivos. En este sentido, los artículos 175-180 CC ("De la adopción") usan el término "progenitor" o "progenitores" para referirse a la madre y al padre biológicos.

[385] Que significan, en realidad, "paterna/materna" y "paternidad/maternidad", respectivamente. Cambridge Dictionary, consultado en https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/ el 26/07/2020.

"responsabilidad parental" en relación a los progenitores[386]; sin embargo, no aporta un término único para referirse al padre y a la madre no biológicos.

En los países anglosajones, el término utilizado para definir a estas familias suele ser el de *stepfamilies*[387]. De este modo, dentro de una *stepfamily* se puede encontrar un *stepfather* o una s*tepmother,* o simplemente *stepparent*, y uno o varios *stepchildren*[388]. También es posible hallar, entre las formas de referirse a aquéllas, la expresión *blended families*[389].

En cualquier caso, sería inapropiado plantear el recurso a términos extranjeros, dada la similar ineptitud de aquéllos para resolver los problemas terminológicos expuestos para el caso español.

---

[386] De hecho, es posible observar el uso de la palabra "parentalidad" en el Código Civil de Cataluña -plan de parentalidad (art. 233-9)- o en la jurisprudencia -STSJ Cataluña 29/2015 (Sec. 1.ª), de 4 de mayo de 2015, FD 6.º, ya citada-.

[387] Entre la doctrina americana se destacan BARTLETT, K.T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed", *Virginia Law* Review, vol. 70, 1984, p. 912; MAHONEY, M.M. *Stepfamilies and the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994, pp.1 y ss.; ENGEL, M. "Pockets of Poverty: The Second Wives Club – Examining the Financial (In)Security of Women in Remarriages", *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 5, 1999, pp. 309-381; FEIGENBAUM, K.A. "The Changing Family Structure: Challenging Stepchildren's Lack of Inheritance Rights", *Brooklyn Law* Review, vol. 66, 2000, pp. 167-207; ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies" *op. cit.*, pp. 1-16; JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *Journal of Law & Family Studies*, vol. 9, 2007, pp. 309-340; CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *Cardozo Journal of Law & Gender*, vol. 18, 2011, pp. 89-108; BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 127-151; DAMPH, K.H. "Happily Ever After: Eliminating the 890 Usufruct to Protect the Blended Family", *Louisiana Law Review*, vol. 74, n. 3, 2014, pp. 899-935.

[388] GERZOG, W.C. "Families for Tax Purposes: What about the Steps?", *op. cit.*, pp. 805-842. Esta autora utiliza los términos, *stepparents, stepmother, stepfather, stepsister, stepbrother, stepsiblings, stepson, stepdaughter, stepchild, stepgrandchildren, step relations, stepancestors, steprelative* -relative=familiar o pariente- *y, simplemente, steps* -válido para referirse a cualesquiera de ellos-. Asimismo, se ha utilizado la expresión "*de facto parent*" para referirse a la persona que ha intervenido en la vida del menor como un miembro de su familia, pero con el que no tiene lazos biológicos -definición de la *Supreme Court of Massachussets*-. En este sentido, CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *op. cit.*, pp. 103-104. En la doctrina inglesa se pueden mencionar, *v. gr.*, BURTON, F. *Family Law*, *op. cit.*, pp. 150, 202, 240, 285, 347, 374, 427 o 481, entre otras; JAGO, R. *Family Law,* London, University of London Press, 2008, p. 109, 112, 160 o 251, entre otras.

[389] CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *op. cit.*, pp. 89-108; BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 132; DAMPH, K.H. "Happily Ever After: Eliminating the 890 Usufruct to Protect the Blended Family", *op. cit.*, pp. 899-935.

Ciertos estudios de campo también se han percatado de la dificultad de llamar a esta figura -la del cónyuge o pareja del progenitor-, no ya en el ámbito doctrinal, sino de la propia familia. Esto es así porque se trata de una relación distinta de las habituales para la que sólo se dispone del léxico tradicional, basado en un régimen de filiación biológica, consanguínea[390].

Una vez sentado lo anterior, resta concretar los términos que se utilizan en la presente tesis doctoral. Para designar al modelo familiar objeto de estudio se ha elegido la expresión "familia reconstituida", por ser una de las que se consideraban como más acertadas *ut supra*. Para aludir a los sujetos que componen estas familias se utilizan las siguientes expresiones:

- "progenitor", para hacer referencia al padre o a la madre -pues, aunque siempre se ha empleado para designar al padre y madre biológicos, resulta más inclusivo, aporta claridad al discurso por ser más eficiente, y cada vez es más usado por los autores;

- "cónyuge del progenitor", y más correctamente a efectos del presente trabajo, "cónyuge del progenitor que convive con el menor", para denominar a la madrastra o al padrastro; si bien, en mi opinión, estos últimos términos no son incorrectos y tal vez debiera defenderse su uso, a fin de desligar al vocablo de sus connotaciones negativas, en puesto de convertirlo en políticamente incorrecto[391]. Sin embargo, se emplea aquella expresión por ser más inclusiva, por la eficiencia del lenguaje -a fin de no repetir las versiones femenina y masculina del término- y por guardar la congruencia con el resto de la terminología, ya que, si se usa el término "progenitor" en puesto de "padre" y "madre", en este caso no debe ser distinto. Del mismo modo, en las ocasiones en que sea necesario, se hará referencia a la "pareja del progenitor";

[390] FINE, A. "Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales", Conférence-débat tenue à Toulouse le 18 janvier 2013, p. 8, consultado en http://www.grep-mp.com/wp-content/uploads/2016/10/FineFinalLivret.pdf el 26/07/2020; JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op. cit.*, pp. 112 y 131.

[391] Para describir a una de las partes de la relación familiar objeto de estudio de la presente tesis doctoral sí resultaría correcto, desde el punto de vista técnico, el uso de las expresiones "madrastra" y "padrastro", ya que la familia en que integra es de base matrimonial. Si incluyera en el estudio a la pareja estable del progenitor, entonces no sería jurídicamente adecuado el uso de aquellos vocablos por la falta de parentesco por afinidad.

- "hijo/s del cónyuge" o "hijo/s no común/es", para designar a los hijos propios del cónyuge. En este caso, es cierto que el término "hijo" no resulta inclusivo, y que el recurso a la doble forma -masculina y femenina- resta claridad al discurso. No obstante, la voz "descendientes" no satisface por su inexactitud -puede dar lugar a confusión por incluir también a los nietos y sucesivas generaciones de aquéllos-, y

- "parental" y "parentalidad" para hacer referencia a todo lo que tenga que ver con los progenitores o sus funciones, por resultar más inclusivo y por ser correcto, de acuerdo con la etimología de la palabra "parental" [392].

Todo lo antedicho no significa que una nueva terminología vaya a traer, necesariamente, un cambio en el contenido de las normas. Más bien al contrario[393]. Una vez tenga lugar el cambio normativo, se puede pensar que traerá consigo una serie de términos más adecuados a la realidad social actual, esto es, al actual contenido de esas instituciones.

2. PLURALIDAD DE TIPOS DE FAMILIAS RECONSTITUIDAS

Al hablar de este tipo de familias resulta más apropiado referirnos a ellas en plural: familias reconstituidas. No existe un modelo único de familia reconstituida, sino que se trata de una composición familiar que se puede manifestar de múltiples modos[394]. Para entender esta afirmación, se ofrecen algunos ejemplos.

Ejemplo 1. Pepa y Manuel contraen matrimonio y tienen un hijo. Ella era soltera y él, divorciado. Manuel tiene, a su vez, dos hijos de su anterior esposa, la cual tiene su custodia. Los hijos propios de Manuel pasan fines de semana alternos

[392] Hasta tal punto es inclusivo que se ha señalado que esta palabra neutraliza las diferencias entre maternidad y paternidad y equipara conceptualmente a ambos progenitores. Es un término más adecuado con el concepto de función parental hoy día, pues ésta es la misma con independencia del sexo del progenitor. En este sentido, TAMAYO HAYA, S. "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, p. 302. Así también, parece más acorde a la realidad social, donde se puede tener dos madres o dos padres, en vez de uno de cada. En sentido parecido, TAMAYO HAYA, S. "De la paternidad biológica a la paternidad social", en BLASCO GASCÓ, F. (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 2563.

[393] En sentido parecido, pero con referencia a la "responsabilità genitoriale", RUSCELLO, F. "Potestà dei genitori *versus responsability*", *op. cit.*, p. 12.

[394] Según su origen y composición. Así, GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, p. 3.

en casa del padre. En este supuesto, los hijos de Manuel viven con la pareja y su medio hermano cada dos fines de semana.

Ejemplo 2. Verónica y Jesús son una pareja que inicia una convivencia. Verónica es divorciada y tiene una hija que vive con ellos, Virginia. La niña no tiene contacto alguno con su padre biológico puesto que las abandonó, a ella y a su madre, cuando Virginia tenía dos años.

Ejemplo 3. Mari Carmen y Alejandra contraen nupcias. Mari Carmen tiene tres hijos con su anterior esposo, Ernesto, con el cual comparte la custodia de los menores. Tras dos años de casadas, aquéllas deciden recurrir a las técnicas de reproducción asistida y tener un hijo en común.

Ejemplo 4. Tomás es un hombre viudo que se casa con Estela, una mujer soltera. Tomás tiene ya dos hijos de su anterior esposa, que viven con el matrimonio.

Ejemplo 5. Ana es soltera y desea ser madre, por lo que recurre a la fecundación artificial y tiene una hija. Cinco años después, Ana conoce a Rodrigo y las dos se van a vivir con él.

Ejemplo 6. Salvador adopta a un niño y tres años después se casa con Lucas, aportando un hijo no común al matrimonio.

Ejemplo 7. Belén y Armando contraen matrimonio y tienen un hijo común. Sara, hija de Belén y su anterior esposo, es mayor de edad en situación de dependencia y vive con el matrimonio.

Ejemplo 8. Mario y José Carlos viajan a los Estados Unidos y consiguen ser padres de dos gemelos a través de la maternidad subrogada. A su vuelta, conviven en el hogar familiar la pareja, los gemelos y dos hijas mayores de edad que José Carlos tuvo con una mujer con la que mantuvo una relación de hecho.

Ejemplo 9. Miriam, tía de Daniela, se convierte en tutora de ésta tras el fallecimiento de sus progenitores. Siete años más tarde, Miriam contrae matrimonio con Juan. La niña vive con la pareja.

Esto, como se anunciaba, son meros ejemplos. La complejidad del fenómeno es tal que se podría seguir formulando ejemplos. No obstante, basta con entender

que, al ser supuestos tan heterogéneos, resulta imposible ofrecer una respuesta jurídica uniforme para todos ellos[395].

Existen múltiples variables que ocasionan problemas distintos dentro de cada una de estas familias. Así, se debe considerar la existencia o no del otro progenitor del menor; si éste ejerce o no sus funciones parentofiliales; de ejercerlas, qué régimen tiene sobre el menor; si la pareja del progenitor conviviente es o no cónyuge de éste; si hay o no hijos comunes junto con los no comunes; si los hijos no comunes conviven en el hogar familiar con carácter permanente, temporal o si no conviven, o si el cónyuge del progenitor conviviente asume el rol de padre o madre con los hijos no comunes.

Por otro lado, estas nuevas realidades con apenas reconocimiento legal no dejan de pertenecer a otras clasificaciones, como: familia de base matrimonial, a raíz de un matrimonio entre personas de distinto o el mismo sexo; familia de hecho, a su vez, formada por una pareja heterosexual u homosexual, y por qué no, una familia monoparental. Véase otro ejemplo:

Ejemplo 10. Fabiola y Héctor se casan y forman una familia reconstruida: ella tiene un hijo y él dos hijas. Tres años después, Héctor fallece. No existe otro progenitor que se haga cargo de las hijas de Héctor, y éste, en virtud del artículo 223 CC había instituido como tutora de sus hijas a Fabiola en testamento. Las niñas conviven con Fabiola y su hijo durante todo el tiempo hasta la constitución de la tutela y tras ella. A partir de la muerte de Héctor, Fabiola y los menores forman una familia monoparental y reconstituida.

Hasta ahora sólo se ha considerado familias reconstituidas las formadas por una pareja, pero es posible que una familia monoparental también sea reconstituida, puesto que el verdadero determinante de que se dé una reconstitución es la existencia de hijos no comunes. O si se prefiere de otro modo, la muerte, desaparición o abandono de uno de los miembros de la pareja no tiene por qué suponer la evanescencia de una familia reconstituida. Entre su cónyuge y su hijo se mantiene una suerte de relaciones necesitadas de regulación legal.

[395] Es imposible en el sentido de que las reglas adecuadas para un modelo de estas familias, serían del todo o en parte inadecuadas para otro de ellos. En este sentido, MAHONEY, M.M. "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *Family Law Quarterly*, vol. 40, nº 1, 2006, p. 98; en sentido parecido, FULCHIRON, H. "Le droit français face au phénomène des recompositions familiales", en MEULDERS, M.T., THERY, J. *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 135.

La variedad de situaciones hace que los datos del INE no agoten la realidad, ya que, a efectos de familias reconstituidas, sólo registra las parejas y no las familias monoparentales y, como hemos señalado, caben otras muchas posibilidades.

Algunos autores, sin olvidar la existencia de diversas variables a tener en cuenta en el estudio de las familias reconstituidas, han clasificado estas familias en dos tipos: las formadas por las parejas que conviven con hijos no comunes -de uno o ambos miembros de la pareja- y las formadas por las parejas con hijos comunes y, al menos, uno no común[396].

Resulta muy interesante un dato arrojado por un análisis socioantropológico realizado: todas las familias reconstituidas entrevistadas coinciden en basar su constitución, aunque sea inconscientemente, en el modelo de familia nuclear, que busca el matrimonio, la convivencia y el tener hijos comunes -ya sean biológicos o adoptados, y estos últimos pueden ser los propios hijos del cónyuge-. Ello ocurre porque es la situación que les parece "normal" y buscan que se reconozca su nueva familia socialmente, así como sus vínculos. Además, la mayoría de los cónyuges que componen estas familias contraen nupcias bajo el régimen económico de gananciales y comparten los gastos por mitad[397].

3. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

Debe hacerse una síntesis de las normas que contemplan de un modo u otro el fenómeno de la recomposición familiar en el ordenamiento jurídico español, estatal o autonómico; civil o de cualquier otra rama del derecho. El resultado es un régimen jurídico fragmentario e incompleto.

Por otra parte, el alcance y contenido de las disposiciones que consideran el fenómeno de la reconstrucción familiar van a depender en gran medida de qué

[396] SANTIAGO GORDILLO, P. "Identificación y descripción cuantitativa… *op. cit.*, pp. 13 y 17. El estudio, se centra, concretamente, en los casos en que los hijos no comunes tienen su residencia habitual en la vivienda familiar. Quedan fuera los hijos no comunes con residencia temporal en la vivienda familiar.

[397] RIVAS RIVAS, A. "Composición y modalidades residenciales", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op. cit.*, pp. 187-188 y 190; ÁVILA CANTOS, D., AYALA RUBIO, A., DÍAZ RODRÍGUEZ, P. "Reflexibidad del parentesco…, *op. cit.*, p. 203.

entienda por familia o a qué personas estime miembros de la misma el sector del ordenamiento jurídico de que se trate.

3.1. Reconocimiento de las familias reconstituidas en el vigente derecho civil español

En el ámbito civilista, no son desconocidas ciertas situaciones jurídicas que se dan en el seno de las familias reconstituidas; pero se precisa en los distintos cuerpos legales un tratamiento sistemático.

Tanto en el derecho común como en los otros derechos civiles del Estado, se pueden hallar preceptos que se refieren, de un modo u otro, al fenómeno de la reconstitución familiar y regulan alguno de sus aspectos, pues el ordenamiento jurídico privado no es ajeno al reconocimiento de este tipo de familias. Se trata de normas en materia de familia y de sucesiones que están presentes tanto en el Código Civil español como en las compilaciones de derecho civil propio de las comunidades autónomas de Aragón, Cataluña[398], Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco. Esos preceptos abarcan las materias de guarda y otros aspectos personales[399],

[398] En cuanto al reconocimiento expreso del modelo familiar reconstituido, es de señalar lo dispuesto en el libro segundo del CCCat.. El texto legal reconoce los núcleos familiares que tienen lugar en la sociedad actual (apartado III de su Preámbulo) y contempla (artículo 231-1 CCCat., primer apartado) la existencia de familias matrimoniales, familias que tienen su base en la convivencia estable en pareja y familias monoparentales, y garantiza su tutela jurídica sin discriminación; reconoce como miembros de la familia a los hijos no comunes de cualesquiera de aquellos núcleos (apdo. segundo). De este artículo se ha dicho que es "especialmente innovador", de entre las novedades que introdujo el Libro Segundo del CCCat. (así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Novetats més rellevants del Llibre II del Codi Civil de Catalunya", *Món juridic: butlletí del Collegi d'Advocats de Barcelona*, nº 253, 2011, p. 28). La SAP Lleida 411/2013 (Sec. 2.ª), de 29 de octubre de 2013, Roj: SAP L 766/2013, FD 3º, reconoce que "sin desconocer la vinculación afectiva entre existente entre la menor y su padre, así como con sus abuelos paternos, resulta evidente que existe una mayor vinculación afectiva con la madre (…) así como con el entorno materno, entendiendo por tal los abuelos, y principalmente el nuevo núcleo familiar constituido a partir de 2009 (familia reconstituida o recompuesta, según el Preámbulo de la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña), habiéndose constatado por las pruebas practicadas tanto la especial vinculación entre" la menor y su hermano (sólo por parte de madre), como con el actual cónyuge de su madre, con el que convive. Asimismo, el Fuero Nuevo, tras la reforma operada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación [BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019], se refiere a la familia en su ley 50 y, concretamente, el párrafo segundo, define como miembros de las familias reconstituidas "los hijos de cada progenitor que convivan en el mismo grupo familiar, sin que su pertenencia a ellas modifique el vínculo con el otro progenitor y con los efectos que el ordenamiento jurídico determine".

[399] En materia de guarda y otros aspectos personales de la relación entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común, se pueden hallar los artículos 68 *in fine* CC -deber de cuidado de ascendientes y descendientes y otras personas a cargo del cónyuge-, 160.2.º CC -que permite incluir al

instituciones tutelares[400], aspectos patrimoniales de origen familiar[401], sucesiones[402], e incluso otras[403].

---

excónyuge o expareja del progenitor entre las personas que pueden disfrutar de un régimen de visitas con el menor-, 85 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA -Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas [BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011]-) -concede la titularidad de la "autoridad familiar" al cónyuge del progenitor que ya la ostenta en exclusiva, de forma conjunta y siempre que convivan todos juntos- y 236-14 y 236-15 CCCat. -que regulan el "ejercicio de la potestad parental"-.

[400] En materia de instituciones tutelares, se hallan los artículos 116 CDFA -coloca a los "padrastros" en cuarto lugar en el orden de la delación dativa del tutor, salvo que el interés del menor demande variar dicho orden- y 222-10 CCCat. -incluye al cónyuge o pareja estable del progenitor en la lista de los llamados a la delación judicial del tutor-. Este último, al establecer el orden de la delación, sitúa al "cónyuge o el conviviente en pareja estable del progenitor" del menor o incapacitado que tiene su guarda, se entiende -el precepto dice expresamente "En caso de muerte del progenitor del menor o incapacitado, el cónyuge o el conviviente en pareja estable de aquel, si convive con la persona que debe ser puesta en tutela". Se entiende que se trata del progenitor guardador, puesto que exige la convivencia de su cónyuge o pareja estable con el menor-, en cuarto lugar, entre los ascendientes de éste y sus hermanos. Para que la autoridad judicial nombre a esta persona tutor del menor no ha de haber otra designada que ostente el cargo -arts. 222-4 a 9; art. 222-10.1.º CCCat.-, el Juez no debe estimar otra cosa en interés del menor -art. 222-10.3.º CCCat.- y han de faltar el cónyuge o pareja estable del menor o incapacitado, sus descendientes mayores de edad y sus ascendientes -art. 222-10.2.º CCCat., letras *a* a *c*-; además, se requiere que el progenitor guardador haya fallecido y que su cónyuge o pareja estable estuviera conviviendo con el menor.

[401] En el ámbito patrimonial, se distinguen los artículos 155.2.º CC -contribución de los hijos al levantamiento de las cargas de la familia-, 1362.1.2.º CC -manutención del hijo del cónyuge a cargo de la sociedad de gananciales-, el artículo 68 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990) -prevé, a propósito del usufructo universal capitular instituido en los *espòlits* (capitulaciones matrimoniales) aplicable en las islas de Ibiza y Formentera, la obligación del cónyuge usufructuario de prestar alimentos a los hijos del cónyuge premuerto que habiten en el hogar familiar, con cargo al usufructo-, precepto que constituye un claro ejemplo de lo estrechamente conectadas que están las materias de familia y sucesiones, el artículo 234.3.º de la Ley del derecho civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia -DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006; BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006-) -establece la obligación del cónyuge viudo de prestar alimentos a los hijos y descendientes con necesidad de ellos, con cargo al usufructo y sin distinción entre comunes y no comunes- y las leyes 90.2º y 3º y 91.1.º y 2º FN -son carga de la sociedad conyugal de conquistas los gastos de manutención de los hijos no comunes del matrimonio en algunos supuestos que contempla la ley, mientras que en otros son privativos-, 101.5, párr. segundo, 109 FN -son gastos comunes de la pareja estable los de alimentación y habitación de hijos no comunes que conviven- 114 a 116 FN -liquidación de bienes en segundas o posteriores uniones-.

[402] En materia sucesoria, se advierten los artículos 840 CC -concurrencia del cónyuge viudo a la sucesión con los hijos propios del causante-, 968 CC -reserva viudal-, 283.3.º CDFA -establece una excepción de carácter voluntario a la regla general del usufructo vidual universal. Si existen hijos no comunes del causante, este puede expresar en testamento o en escritura pública su voluntad de exceptuar del usufructo vidual los bienes que deban recibir aquéllos, con el límite de la mitad de la herencia (con anterioridad a esta Ley, el artículo 73 CDCA establecía como regla esta exclusión de los bienes que debían heredar los hijos no comunes del causante. Actualmente, esa regla sólo se mantiene, en virtud de la Disposición Transitoria 11 de la CFA, a los usufructos ya causados el 23 de abril de

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad civil por daños en la circulación de vehículos a motor el legislador ha incluido, entre las categorías de beneficiarios, una correspondiente a los "allegados", que son personas que no pueden encuadrarse en ninguna de las demás categorías de perjudicados pero que han "convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad" (cfr. art. 67.1 TRLRCSCVM). Se consideran miembros de la unidad familiar (cfr. art. 60)[404]. Entre las personas pertenecientes a esta categoría es posible

---

2003)-, los artículos 422-13.4.º y 442-2.2.º CCCat. (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones -DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008; BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008-). El primero declara la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor de los parientes del cónyuge o pareja estable del causante si se disuelve el vínculo o se separan, incluso de hecho, y no ha habido reconciliación o reanudación de la convivencia con anterioridad a la muerte del causante, salvo que del testamento se desprenda que la voluntad del testador no habría cambiado por el hecho de cesar la unión matrimonial o de hecho. Entre los parientes del cónyuge a los que se refiere la Ley se incluyen sus hijos. Por su parte, el artículo 442-2.2.º CCCat. contempla otro supuesto de familia reconstituida. En caso de que todos los hijos del causante repudien la herencia, ésta se defiere a los nietos o descendientes de grado ulterior sólo si el cónyuge o pareja estable del causante lo ha premuerto o no es progenitor común. También las leyes 255, 259. 3º, 261.3, 272, 273 y DT 3ª FN. Por ejemplo, la ley 273 FN establece la reserva en favor de los hijos del causante -comunes o no comunes- cuando el cónyuge supérstite contraiga nuevo matrimonio. Es la llamada reserva binupcial.

[403] Finalmente, el artículo 54 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOPV núm. 124, de 3 de julio de 2015; BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015), contiene el derecho de habitación en el domicilio familiar para el que fuera cónyuge o pareja estable del causante a fecha de la muerte de éste, el artículo 120 contempla la reserva a favor de los hijos propios del causante cuando contraiga nuevo matrimonio o unión de hecho o tenga un hijo propio, y el artículo 45.4.º establece la pérdida de la condición de comisario del "poder testatorio" en cualesquiera de las circunstancias anteriores.

[404] Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ya referido; si bien esta categoría de "allegados" no se incorpora a su articulado hasta la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, pp. 84473-84979). El baremo actualizado de cuantías indemnizatorias para 2019 se puede consultar en el sitio web http://www.dgsfp.mineco.es/es/Paginas/Baremos_Autos.aspx. Se ha señalado que lo fundamental para poder reclamar la compensación de los daños no es el parentesco, sino probar que ha habido un daño moral; lo que ocurre es que ese perjuicio se presume en caso de parentesco o convivencia con el fallecido. Es el criterio del Tribunal Supremo para ser considerado perjudicado indirecto -que incluye el daño patrimonial-. Sin embargo, para el allegado la ley establece más condiciones: el parentesco o afectividad con la víctima, no estar encuadrado en otra categoría de perjudicados y la convivencia familiar con el fallecido, la cual se caracteriza por su temporalidad y familiaridad. Así, "Concepto de "allegado": ¿Cómo debe ser delimitada la figura del allegado prevista en el art. 67 LRCSCVM? (consultas y opiniones), *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 10, 2018, p. 70.

incluir al hijo del cónyuge o pareja estable del progenitor -no se debe olvidar, a este respecto, que la Ley equipara al cónyuge y a la pareja estable-[405].

3.2. Reconocimiento de las familias reconstituidas por otras ramas del ordenamiento jurídico español

Debe hacerse referencia, a este respecto, a los derechos de la Seguridad Social, tributario y administrativo -concretamente, de extranjería-.

3.2.1. Derecho de la Seguridad Social

El derecho de la Seguridad Social reconoce expresamente dos circunstancias con respecto a los hijos del cónyuge: pueden formar parte de una familia numerosa si se cumplen algunos requisitos (cfr. art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de

[405] Así, DE PAÚL VELASCO, J.M. "Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 66, 2018, p. 17. El autor considera que encajan perfectamente en esta categoría, aunque la indemnización es prácticamente simbólica. Cree que, para las familias reconstituidas, es fácilmente aplicable el sistema si se trata de resarcir a hijastros o hermanastros de la víctima, incluso aunque concurran con otros hijos o hermanos consanguíneos, pues el sistema posterior a la reforma no reduce, como antes, la cuota individual de cada perjudicado. Pero, además, el autor pone de relieve -y se muestra de acuerdo- el llamado "parentesco funcional", reconocido por la jurisprudencia si se puede demostrar -lo cual resulta más fácil cuando no hay un padre biológico, como ocurre en el supuesto de la STS (Sala Segunda) 1612/2001 (Sec. 1.ª), de 17 de septiembre de 2001, Roj: STS 6805/2001; *vid*. también la 200/2012 (Sec. 1.ª), de 26 de marzo de 2012, Roj: STS 2195/2012, que aplicó por analogía a un primo la indemnización correspondiente a los hermanos-. En este sentido, el autor distingue un doble contenido en el concepto legal de parentesco funcional: aquél en que una persona sin vínculos de sangre o jurídicos ejerce las funciones correspondientes a un determinado pariente y aquél en que un pariente ejerce las funciones correspondientes a otra categoría de pariente. Lo normal es que se den dos situaciones, en el caso del cónyuge o pareja del progenitor: que sea indemnizado en puesto del progenitor biológico -ya sea como padre funcional o como allegado, dependiendo del grado de relación entre aquél y el hijastro, el tiempo de convivencia y las funciones asumidas- si no existe otro progenitor biológico o éste no tiene relación alguna con el hijo; o la situación más común, pero no en exclusiva, en los supuestos de guarda compartida: que sea indemnizado el progenitor biológico como padre por ejercer las funciones que le corresponden y que el cónyuge o pareja del otro progenitor sea indemnizado en calidad de allegado Esta constituye, de hecho, la regla general. La igualdad de posiciones entre ambos, aunque rara, es admitida por el autor si consigue probarse. El autor considera que todos o, al menos, la mayoría de los problemas indemnizatorios pueden resolverse, hoy día, mediante la aplicación de criterios como la analogía y la interpretación conforme a la realidad social, siempre dentro del respeto a los límites del sistema -pp. 17-19 y 23-.

Protección a las Familias Numerosas)[406], así como ser beneficiarios de la asistencia sanitaria pública (cfr. art. 2 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto)[407].

En el caso de las familias numerosas, se contemplan, asimismo, las situaciones de monoparentalidad y recomposición familiar -se computan los hijos, aunque no sean comunes-. Se mantiene como determinante de la situación de familia numerosa el número de hijos, sin tener en cuenta otras realidades sociales igualmente -o con mayor razón- dignas de protección social. Es el caso de las familias con menos hijos o ninguno, pero con personas dependientes a su cargo, o las familias monoparentales cuando la causa de esa monoparentalidad es la viudedad[408]. Los beneficiarios deben convivir con el ascendiente o ascendientes y depender económicamente de él, y no pueden ser computados en más de una unidad familiar a la vez a efectos de la Ley (cfr. art. 3 Ley 40/2003).

Por otra parte, la asistencia sanitaria es un beneficio que se extiende a los descendientes del cónyuge o pareja de hecho del titular del derecho (cfr. art. 3.1.c) RD 1192/2012), siempre que convivan y dependan económicamente de él (cfr. art. 3.2) y que no tengan derecho a ella por ningún otro modo (cfr. art. 3.3.a)). El reconocimiento del beneficio es de los más amplios, pues son beneficiarios, asimismo, las "personas asimiladas a los descendientes", es decir, los tutelados y menores acogidos legalmente por el asegurado, su cónyuge o pareja de hecho (cfr. art. 3.1.c) 1.º). En todos estos supuestos se contempla, además, a los excónyuges y sus hijos si éstos cumplen la condición de dependencia económica que exige la norma (cfr. art. 3.1.b), c) y c) 1.º).

En cuanto a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, el artículo 352 TRLGSS y el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre[409], no mencionan de forma expresa a los hijos del cónyuge o pareja, pero cierta doctrina considera que no se excluye ningún modelo de familia y, puesto que uno de los criterios de concreción de la cuantía de la prestación es la situación de familia

[406] BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp. 40845-40852.

[407] RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2012, pp. 55775-55786.

[408] QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op.cit.*, pp. 235 y 244.

[409] Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2005, pp. 38056-380604).

numerosa (cfr. art. 352.1.c), parr. 2.º), entiende que puede solicitarse en estos casos, siempre que los hijos no comunes convivan con el beneficiario y dependan económicamente de él[410]. Lo mismo ocurre con las prestaciones por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas -prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos- (cfr. arts. 357 y 358 TRLGSS) y por parto o adopción múltiples -dos o más hijos- (cfr. arts. 359 y 360 TRLGSS).

Sobre las prestaciones por causa de muerte, algunos autores han afirmado que se reconoce a los hijos del cónyuge superviviente el derecho a la pensión de orfandad bajo determinadas condiciones (cfr. art. 224 y ss. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social)[411]. Esta doctrina parece basar su postura en que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre[412], modifica el tenor del artículo 175 del antiguo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social del siguiente modo[413]: el antiguo precepto reconocía como beneficiaros de la pensión de orfandad "en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación", mientras que a partir de la Ley 40/2007 sólo refiere "cualquiera que sea la naturaleza de su filiación". Esto quiere decir que ya no se distingue entre filiación jurídica y filiación biológica. Con base en la filiación biológica, tampoco podrían, en principio, ser considerados "hijos del causante" los hijos no comunes. El derecho de familia determina los tipos de filiación existentes en el ordenamiento jurídico español, y con base en el mismo la filiación sólo puede ser por naturaleza -matrimonial o extramatrimonial- o adoptiva. Es por esta razón que entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común no existe vínculo jurídico alguno. Parece razonable pensar que sólo legamente podría reconocerse una "filiación" entre ambos, algo que, no obstante, parece muy improbable que ocurra. Sin embargo, la misma Seguridad Social incluye entre los beneficiarios a los hijos del cónyuge superviviente[414]. De

[410] QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", *op. cit.*, pp. 252-253.

[411] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519). Así, VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, 2017, p. 215; QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", *op. cit.*, pp. 261-264.

[412] Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en materia de medidas de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007, pp. 50186-50200).

[413] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994, pp. 20658-20708.

[414] Consultado en http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/2852

hecho, y aunque puede resultar un poco forzada la interpretación del artículo 224 TRLGSS en el sentido de incluir a los hijos no comunes en su ámbito de aplicación, parece que debe admitirse si se hace una interpretación sistemática de la materia y se tiene en cuenta que la legislación en materia de Seguridad Social es muy tuitiva. Se puede considerar "asimilados" a familiares a estos hijos no comunes en tanto dependieran económicamente del causante en vida y no tengan derecho a otra prestación pública o de alimentos.

Con base en lo anterior, se ha sostenido que también podrían ser beneficiaros de la "indemnización especial a tanto alzado" por fallecimiento a causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pues pueden ser beneficiarios los "huérfanos" (cfr. art. 227.1.º TRLGSS) y parece que los hijos no comunes pueden ser considerados "huérfanos" a efectos de esta Ley[415]. Parece que, si los hijos no comunes han sido hijos de la familia, no deben hacerse distinciones de trato por razón de nacimiento, salvo que ello se justifique objetivamente y supere el juicio constitucional de proporcionalidad (medida/resultado/finalidad).

Del mismo modo, parece que los hijos no comunes podrían ser beneficiarios de las prestaciones en favor de familiares -pensión o subsidio por muerte- (cfr. art. 226 TRLGSS)[416], pues el precepto establece como requisitos de los beneficiarios ser "otros familiares o asimilados" y depender económicamente del causante. Los requisitos para percibir tanto la pensión como el subsidio son haber convivido con el fallecido al menos dos años con anterioridad a su muerte, carecer de medios de subsistencia y no tener derecho a ninguna otra pensión, civil o social. Si reúnen todas esas condiciones, no parece haber razón para negarles el acceso a estas prestaciones.

3.2.2. Derecho tributario

En materia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, un sector de la doctrina sostiene que el concepto de "descendiente" de los artículos 56 a 61 de la

---

0/28522 el 26/07/2020. En concreto, se incluye a "los hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, siempre que éste se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil".

[415] QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", *op.cit.*, pp. 261-264.

[416] A favor, QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", *op.cit.*, pp. 261-264.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre (IRPF)[417], engloba a los hijos no comunes que conviven en la vivienda familiar a la hora de determinar el mínimo por descendiente[418]. Sin embargo, la Agencia Tributaria excluye de forma expresa a "las personas unidas al contribuyente… por afinidad (hijastros)"[419].

Por su parte, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (ISD)[420], al tratar de la base liquidable del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (cfr. art. 20, apdo. 2.a ISD), considera, a efectos de reducción de la base liquidable del Impuesto para las adquisiciones "mortis causa", a los hijos del cónyuge como "descendientes por afinidad" dentro del Grupo III, con lo que no los asimila a los hijos propios, pero los reconoce. El Reglamento que desarrolla esta Ley, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 1991) recoge la reducción que puede practicar el Grupo III en las adquisiciones *mortis causa*, entre los que se encuentran los "descendientes por afinidad" (cfr. art. 42 RD 1629/1991 -reducciones generales de la base imponible-).

A este respecto, es interesante la doctrina fijada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. La Sala Tercera se ha pronunciado sobre si los hijos del cónyuge premuerto deben considerarse "descendientes por afinidad" a efectos del Impuesto de Sucesiones. En otras palabras, si el hecho de que el matrimonio se extinga por la muerte de uno de los cónyuges y, con ello, el vínculo que unía al causante y al obligado tributario, determina que este último deba considerarse dentro del Grupo IV -extraños, para cuanto aquí interesa- o del Grupo III referido anteriormente. La Sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y considera que, a pesar del fallecimiento prematuro del cónyuge progenitor, a efectos del Impuesto de Sucesiones debe considerarse al hijo no común como "descendiente por afinidad", aunque en otros ámbitos del ordenamiento jurídico no se repute como tal[421].

---

[417] BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, pp. 41734-41810.

[418] VAQUER ALOY A., IBARZ LÓPEZ N., "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *op. cit.*, p. 215.

[419] Consultado en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Ciudadanos/Minimos__reducciones_y_deducciones_en_el_IRPF/Minimos/Minimo_por_descendientes/Cuestiones_generales.shtml, consultada el 26/07/2020.

[420] BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1987, pp. 37402-37408.

[421] La STS (Sala Tercera) 647/2017 (Sec. 2.ª), de 6 de abril de 2017, Roj: STS 1329/2017, FD 4.º. Esto último es doctrina fijada en sentencias anteriores de esta Sala: SSTS (Sec. 2.ª), de 18 de

En este sentido se dicta La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón[422], la cual establece que, a estos efectos, en el ISD el fallecimiento del cónyuge causante del vínculo de afinidad no pone fin al mismo, mientras el cónyuge supérstite no contraiga nuevo matrimonio (cfr. art. 133-4, apdo. 2.º, sobre la aplicación de beneficios fiscales).

La Ley catalana 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones[423], que desarrolla aquella norma estatal, ofrece el mismo trato fiscal a los hijos del cónyuge o conviviente que a los hijos propios (cfr. art. 60)[424].

También la Ley foral navarra que regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refiere a los "descendientes por afinidad" en algunos de sus artículos[425]. Se trata, concretamente, de la exención fiscal del artículo 13 y las reducciones en la base imponible del artículo 32, ambos relativos a las percepciones de contratos de seguros, y de los tipos de gravamen que se aplican a las adquisiciones mortis causa y a las percepciones de contratos de seguro indicados en el artículo 34 para el cálculo de la cuota tributaria.

Son más las autonomías que han establecido reducciones en la base imponible en las adquisiciones, al menos *mortis causa*, de los "descendientes por afinidad", o incluso algunas han incorporado una deducción autonómica en el IRPF que afecta a éstos, como es el caso de la Región de Murcia, donde se permite la deducción por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales en entidades nuevas o de reciente creación -para el cálculo del porcentaje de

---

marzo de 2003, Roj: STS 1847/2003; (Sec. 2.ª), de 14 de julio de 2011, Roj: STS 4946/2011; (Sec. 2.ª), de 12 de diciembre de 2011, Roj: STS 9166/2011; (Sec. 2.ª), de 1 de abril de 2014, Roj: 1693/2014, y 1777/2016 (Sec. 2.ª), de 14 de julio de 2016, Roj: STS 3773/2016.

[422] BOA núm. 54, de 19 de marzo de 2012.

[423] DOGC núm. 5648, de 11 de junio de 2010, pp. 45299-45328; BOE núm. 165, de 8 de julio de 2010, pp. 60037-60066.

[424] Anteriormente, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias (DOGC núm. 3926, de 16 de julio de 2003; BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2003), que se refería en su artículo 17.1.b -apartado hoy derogado- a la obligación de la Generalidad de promover ciertas medidas fiscales de apoyo a las familias en relación al impuesto sobre sucesiones y donaciones, ya equiparó a sus efectos las relaciones parentofiliales de hecho a "las relaciones que se establecen entre una persona y los hijos de su cónyuge o de su pareja estable".

[425] Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BON núm. 157, de 30 de diciembre de 2002, pp. 11105-11115).

participación del contribuyente, a efectos de poder aplicarla, se computan conjuntamente las participaciones de, entre otros, los descendientes por afinidad hasta el tercer grado-[426]. No obstante, se destaca por su singularidad la legislación vasca en materia de ISD, pues incluye entre los ascendientes y descendientes por afinidad a los derivados de la constitución de una unión de hecho[427].

3.2.3. Derecho administrativo (extranjería)

En el ámbito administrativo, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[428], reconoce como familiares reagrupables a los hijos del cónyuge, naturales o adoptivos, siempre y cuando sean menores de dieciocho años o discapacitados dependientes y el progenitor "ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo" (cfr. art. 17.1.b). Como se observa, queda fuera la familia de hecho.

El trato dispensado a los hijos de la familia en este artículo no parece discriminatorio, puesto que se exigen los mismos requisitos para todos -tener menos de dieciocho años o ser discapacitados dependientes-, con la diferencia de que en el caso de los no comunes, el progenitor de éstos debe ejercer las funciones parentales con exclusividad -o al menos la custodia- y tenerlos realmente a su cargo, las cuales parecen condiciones justificadas y objetivas[429], y no deberían tener problemas para pasar el juicio constitucional de proporcionalidad.

---

[426] Artículo 1, Seis, 1.a) del Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos (BORM núm. 24, de 31 de enero de 2011; BOE núm. 144, de 17 de junio de 2011).

[427] Así ocurre para el cálculo del Impuesto en las tres provincias, si bien cada una ha regulado una cuantía diferente a estos efectos en su propia norma. De este modo, esta regulación se halla en el art. 19.2.b) en relación con el art. 20.1.b) de la Norma Foral 3/1990, de 11 de enero, del impuesto sobre sucesiones y donaciones (BO de Guipúzcoa de 22 de enero de 1990), en el art. 22.2 de la Norma Foral 11/2005, de 16 de mayo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BO de Álava núm. 60, de 27 de mayo de 2005) y en el art. 43.1.c) de la Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BO de Vizcaya de 1 de abril de 2015).

[428] BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150.

[429] Es cierto que la norma no especifica esas mismas condiciones para los hijos comunes, pero parece razonable que se exija una mínima conexión entre el reagrupante y los menores a reagrupar, más a allá de tener un familiar común. Otra cosa es que el reagrupante fuera el propio progenitor de los menores. Lo que sí podría entenderse discriminatorio sería la no inclusión de los

Se debe mencionar que, a partir de la reforma operada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, la LO 4/2000 no exige que los hijos estén solteros para tener derecho a la reagrupación familiar. Esto sintoniza con la ya antigua TJCE as. C-316/1985, *CPAS de Courcelles/Lebon*, de 18 de junio de 1987, donde se reconocía que, a efectos del Reglamento (CE) nº 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad[430], se entiende por miembro de la familia a cargo al familiar que esté siendo mantenido por un trabajador de la CE, con independencia de las razones de ese mantenimiento. Un sector doctrinal señalaba, antes de la reforma, que en este supuesto podía entenderse que los hijos casados entraban dentro del ámbito de aplicación de la norma si se encontraban, a pesar de su matrimonio, a cargo de su progenitor y señalaba que esto suponía una diferencia de tratamiento entre los supuestos de reagrupación familiar si el trabajador era europeo o si era extracomunitario[431].

Finalmente, además, la LO 4/2000 determina que la extinción del vínculo matrimonial que dio origen al derecho de reagrupación no supone el fin del derecho de residencia por causa familiar que se haya adquirido en consecuencia (cfr. art. 16.3.º sobre el derecho a la intimidad familiar).

3.3. Reconocimiento de las familias reconstituidas en el derecho de la Unión Europea

Las primeras manifestaciones del reconocimiento del hijo no común como miembro de la familia en el ámbito del derecho de la UE son posteriores a algunas de las normas de producción interna del derecho español.

---

hijos fuera de los casos de matrimonio, ya que todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial y no pueden ser discriminados por razón de nacimiento (arts. 39.2.º y 14 CE) y dada la autonomía de las relaciones conyugal y parentofilial. Por su parte, un sector doctrinal ha señalado como razón de estos presupuestos la protección de los menores frente a una potencial sustracción internacional -el progenitor debe demostrar que ostenta la custodia del menor-. En este sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Portularia*, nº 3, 2003, p. 273.

[430] DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968, pp. 77-87.

[431] Así, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *op. cit.*, p. 273.

La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril[432], establece una lista de lo que considera "miembro de la familia" a efectos del derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a las libertades de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros (cfr. art. 2.2.º). Entre ellos incluye a la unión de hecho registrada -si el Estado miembro de que se trate lo permite- y a los hijos del cónyuge o pareja de hecho registrada. Se exige que sean menores de veintiún años o estén a cargo del reagrupante o de su cónyuge o pareja registrada.

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre[433], en materia de derecho a la reagrupación familiar, estima como miembros de la familia a los hijos del cónyuge, naturales o adoptivos si éste tiene el derecho de custodia o si media el permiso del otro progenitor en caso de custodia compartida (cfr. art. 4, letras b y d). Se observa que, en este caso, no se consideran miembros de la familia a los hijos de la pareja de hecho registrada.

En TJUE se ha pronunciado a propósito del derecho a la reagrupación familiar[434]. En ambos supuestos de hecho, una señora procedente de un país extracomunitario con residencia legal en Finlandia contrae matrimonio con un nacional finlandés con el que tiene un hijo, que ostenta asimismo nacionalidad finlandesa. La pareja se divorcia y ella obtiene la guarda y custodia exclusiva del hijo común. Posteriormente, la señora contrae nuevas nupcias con otro señor, también extracomunitario, con el que tiene asimismo un hijo, que no ostenta la nacionalidad finlandesa. Todos residen en Finlandia, pero al nuevo cónyuge se le deniega el permiso de residencia legal en Finlandia por no contar con recursos suficientes para su subsistencia. Ambos asuntos llegan al *Korkein hallinto-oikeus*[435], que realiza dos solicitudes de cuestión prejudicial al TJUE.

En respuesta, el TJUE precisa (ap. 82): 1º) que no es contrario al artículo 20 TFUE denegar la autorización de residencia al nacional de un tercer Estado "solicitado al amparo de la reagrupación familiar, cuando dicho nacional pretende residir con su cónyuge, también nacional de un tercer país legalmente residente en

[432] DOUE L 158, de 30 de abril de 2004, pp. 77-123.

[433] DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

[434] STJUE de 6 de diciembre de 2012, *O. y S.*, C-356-11 y C-357/11, EU:C:2012:776. Son dos asuntos acumulados.

[435] Tribunal Supremo Administrativo de Finlandia, con sede en Helsinki.

dicho Estado miembro y madre de un hijo, fruto de un primer matrimonio y que es ciudadano de la Unión, y con el hijo fruto de su propia unión, también nacional de un tercer país, siempre que tal negativa no provoque para el ciudadano de la Unión afectado la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente". Esta respuesta sigue la línea marcada por el Tribunal en un caso anterior[436], que no especifica que su doctrina deba aplicarse únicamente "a situaciones en que exista una relación biológica entre el nacional del tercer país para el que se solicita un derecho de residencia y el ciudadano de la Unión, que es un niño de corta edad, del que se derivaría eventualmente el derecho de residencia del solicitante" (ap. 55). Sobre este extremo, el Tribunal de Justicia reflexiona -y adelanta- que, en ambos supuestos de hecho, las señoras cuentan con un permiso de residencia legal en Finlandia, por lo que ni ellas ni sus hijos se verían legalmente forzadas a marcharse de este país o cualquier otro de la Unión Europea (ap. 50). Tanto esta circunstancia como el hecho de que los solicitantes del permiso de residencia no contraigan, en su caso, "la carga legal, económica o afectiva" de los ciudadanos de la UE, deberán ser tomadas en cuenta a la hora de comprobar este extremo (ap. 56). No obstante, también deberá valorarse lo señalado en respuesta a la segunda cuestión prejudicial. De ese modo, 2) unas solicitudes de residencia como las de los litigios principales se consideran dentro del marco de la Directiva 2003/86/CE, y su artículo 7.1.c) debe interpretarse de modo que se respeten, asimismo, los artículos 7 y 24.2 y 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de modo que se compruebe que el derecho que tienen los Estados a exigir a los solicitantes el requisito de contar con unos recursos mínimos para él y su familia respete la vida familiar y no contravenga el interés de los menores implicados, por tener cada uno de ellos el derecho a mantener relaciones personales con sus respectivos progenitores. También se pide que se examine si el resultado perjudica el objetivo de la Directiva y su "efecto útil". Como en el caso anterior, debe el tribunal finlandés valorar si se cumplieron todas estas condiciones cuando se denegaron las autorizaciones de residencia.

En el ámbito de la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, se adopta, asimismo, el Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril[437]. En su articulado no se hace ninguna referencia específica a los hijos del cónyuge del trabajador, pero cuando se refiere a la integración de la

[436] STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano,* C-34/09, EU:C:2011:124, ap. 45.

[437] DOUE L 141, de 27 de mayo de 2011, pp. 1-12.

familia o a los miembros de la familia del trabajador se deben tener en cuenta dos circunstancias:

a) **Interpretación sistemática de la normativa europea en materia de libre circulación de trabajadores y reagrupación familiar**. Las Directivas anteriormente citadas incluyen a los hijos no comunes entre los miembros de la familia. Carece de sentido práctico que cada uno de estos instrumentos legales tenga su propio concepto de "miembro de la familia", porque son normas que se complementan entre sí, por lo que parece recomendable realizar una interpretación de sistema y adoptar lo que las Directivas en esta materia han definido como "miembro de la familia" también a efectos de este Reglamento. En esta línea se ha pronunciado el TJUE[438]. El Tribunal de Justicia determina que "los hijos del cónyuge o de la pareja reconocida por el Estado miembro de acogida" del trabajador transfronterizo con arraigo en ese Estado también pueden ser "hijos" a efectos del artículo 7.2.º del Reglamento nº 492/2011, siempre que coincidan con lo que el artículo 2.2.c) de la Directiva 2004/38 entiende por "miembro de la familia".

b) **Doctrina del TJUE**. El Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, si bien durante la vigencia del anterior Reglamento, que tenía una redacción distinta. En este sentido, el artículo 10 del Reglamento (CE) nº 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, referido en el anterior subapartado, reconocía el derecho a instalarse con el trabajador en el Estado miembro de entrada a "su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo". A este respecto, el Tribunal de Justicia aclara que entre los descendientes a los que el precepto se refiere también están incluidos los del cónyuge, pues en caso contrario se produciría un quebrantamiento de los fines pretendidos por el Reglamento[439]. Y esto es así tanto a efectos de residencia (cfr. art. 10) como de escolarización (cfr. art. 12). Asimismo, en un asunto posterior[440], el Tribunal de Justicia recuerda la doctrina fijada en el asunto *Baumbast y R.* (ap. 43) y establece que el art. 7.1º de la Decisión nº 1/80, del Consejo de Asociación CE-Turquía, de 19 de septiembre, interpretada en

[438] STJUE de 15 de diciembre de 2016, *Depesme y Kerrou*, C-401/15 a 403/15, EU:C:2016:955, ap. 55. Se trata de una sentencia recaída en el marco de tres asuntos acumulados.

[439] STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99, EU:C:2002:493, ap. 57.

[440] STJUE de 30 de septiembre de 2004, *Ayaz/Land Baden-Württemberg*, C-275/02, EU:C:2004:570.

relación al Reglamento (CE) nº 1612/1968, engloba, entre los miembros de la familia que se benefician de aquella Decisión, al "hijastro menor de 21 años o a cargo de un trabajador" que cuente con trabajo legal en el territorio de un Estado miembro (ap. 48). Por su parte, el Reglamento (UE) nº 492/2011, aunque no especifique los miembros de la familia a los que se aplica, parece conveniente con el espíritu y finalidad de la norma entenderlo en su sentido más amplio y continuar con la doctrina fijada con anterioridad[441]. Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia[442]. En esa ocasión, los litigios principales versaban sobre un mismo supuesto de hecho: dos estudiantes de origen francés y otro de origen belga solicitaron unas ayudas económicas para cursar estudios superiores, las cuales les fueron denegadas por considerar que no cumplían el requisito de ser hijos de un trabajador por cuenta ajena o propia nacional de Luxemburgo u otro Estado de la UE que hubiera ejercido su actividad en Luxemburgo durante al menos cinco años ininterrumpidos. Todos habían basado su solicitud en el hecho de que su padrastro reunía todas aquellas condiciones; si bien la ley luxemburguesa requería la filiación. Se debe tener en cuenta, por otro lado, que el Reglamento (UE) nº 492/2011, establece el derecho de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros a disfrutar de los mismos beneficios sociales y fiscales que los trabajadores nacionales del Estado donde desempeñen su actividad (cfr. art. 7, apdo. 2.º). Tras la cuestión prejudicial planteada al TJUE por la *Cour administrative* (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo), aquél contesta en el sentido de que el antedicho artículo debe interpretarse de modo que se entienda por hijo de uno de esos trabajadores "no sólo el hijo que tenga un vínculo de filiación con este trabajador, sino también el hijo del cónyuge o de la pareja registrada de dicho trabajador, cuando éste provee a la manutención del hijo", y aclara que, a estos efectos, no importan ni la causa ni la cuantía de dicha manutención. Con su decisión, sigue la anterior doctrina fijada a propósito del artículo 7, apdo. 2.º del Reglamento (CE) nº 1612/1968, por la que se entendía como "hijo de un trabajador migrante" a los hijos de su cónyuge o su pareja reconocida por el derecho nacional (ap. 49).

[441] En este sentido, el Cons. (4) establece que "La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia" y el Cons. (6) especifica que para su ejercicio se haga "en condiciones objetivas de libertad y dignidad" se hace necesario, entre otras cuestiones, "que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida".

[442] STJUE de 15 de diciembre de 2016, *Depesme y Kerrou*, ap. 49 y 55.

La Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones de desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios[443], sin embargo, incluye entre las personas que pueden disfrutar del desplazamiento y estancia en el Estado miembro donde el trabajador -nacional de otro Estado miembro- desarrolla su actividad a "los ascendientes y descendientes de dichos nacionales y de su cónyuge que estén a su cargo, sea cual fuere su nacionalidad". Es decir, esta Directiva excluye de su ámbito de aplicación personal a los descendientes del cónyuge que no estén a cargo del trabajador, a diferencia del Reglamento antes estudiado que incluía a los menores de veintiún años estuvieran o no a su cargo, así como a los mayores de veintiún años a cargo.

En el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, considera miembro de la familia en general a "toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones" (art. 1.i), 1), i)). Es decir, si las normas del Estado miembro de que se trate incluyen a los hijos no comunes como miembros de la familia, también lo serán a efectos de este Reglamento. En el ordenamiento jurídico español se corresponderían con los "asimilados a familiares"[444].

Se constata del análisis de las materias *ut supra* -libertad de circulación y residencia, reagrupación familiar, libertad de trabajadores y coordinación de los sistemas de la Seguridad Social- que no en todos los ámbitos del derecho europeo coincide lo que se entiende por miembro de la familia, y en su virtud los hijos no comunes pueden estar o no incluidos en dicha definición en función de, por ejemplo, su edad, el vínculo matrimonial o no entre su progenitor y la pareja de éste, o incluso, en materia de coordinación de los sistemas de la Seguridad Social, en función del margen de apreciación dejado a los Estados miembros.

Por otro lado, existen una serie de "Principios" elaborados por la Comisión de Derecho de Familia Europeo (CEFL) en materia de responsabilidad parental[445]. Dos

[443] DOUE nº L 172, de 28 de de junio de 1973, pp. 14-16.

[444] QUINTANILLA NAVARRO, B. "Análisis jurídico", *op. cit.*, p. 301.

[445] Su denominación original es "Commission on European Family Law". Se trata de un grupo formado por académicos, un proyecto científico cuyos componentes son del todo independientes. Su objetivo principal consiste en introducir un vanguardista ejercicio teórico y práctico para la armonización del derecho -material- de familia y sucesiones en Europa. Así, BOELE-

son los principios relativos al ejercicio de la responsabilidad parental por terceras personas: *a)* "Ejercicio adicional o en sustitución de los padres" (Principio 3:17), que podrá ejercerse, en todo o en parte, por alguien distinto a ellos, y *b)* "Decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana" (Principio 3:18), que se refiere específicamente a "la pareja del padre o la madre que viva con el niño" y establece como excepción la negativa del otro progenitor titular de la responsabilidad parental[446].

Algunos autores se han planteado la cuestión de si es posible una regulación uniforme del estatuto del cónyuge o pareja del progenitor en el marco de la Unión Europea y han razonado, con base en el derecho comparado, que las diferencias entre los Estados hacen que se presente difícil, si bien no imposible[447].

4. PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA

Se debe poner de relieve ciertos aspectos o cuestiones relativas a las familias reconstituidas que han sido expuestos o se ha planteado la doctrina.

Algunos autores se han pronunciado sobre la necesidad de establecer unas normas jurídicas que tengan en cuenta la realidad de las familias reconstituidas en diversos sectores, habida cuenta de los datos estadísticos, que advierten sobre el progresivo crecimiento del número de estas familias en la sociedad española.

WOELKI, K. "The Commission of European Family Law: Drafting Principles in the Field of Divorce and Maintenance Between Former Spouses", *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm el 26/07/2020. Sus objetivos se pueden consulta en https://ceflonline.net/history/. La idea se basó en la convicción de que un derecho común de familia es imprescindible para una verdadera libre circulación de personas en el ámbito de la UE. La Comisión consta de dos grupos: el comité de organización -the Organising Commitee- y el grupo de expertos -the Expert Group-. El primero se encarga de preparar y coordinar al segundo, mientras que el principal objetivo del grupo de expertos consiste en presentar informes nacionales para la preparación del proyecto de armonización. En este sentido, PINTENS, W. "Europeanisation of Family Law", en BOELE-WOELKI, K. *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe"*, Antwerp, Intersentia, 2003, pp. 29-30.

[446] El documento se titula "Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental" y ha sido, juntos con otros Principios elaborados en esta materia, el mayor logro de esta Comisión hasta el momento. El objetivo perseguido a través de su elaboración es el de ser adecuados para la armonización del derecho de familia en Europa.

[447] Vid. NAVAS NAVARRO, S. "Child's Life, Step-family and Decision Making-Process. European Overview", *Beijing Law Review*, vol. 4, nº 2, 2013, p. 69.

V. gr., en el ámbito de familia, se ha planteado si realmente la pareja del progenitor tiene algún deber con el hijo no común o si éstos tienen un deber de obediencia y respeto hacia su persona, además de señalarse la conveniencia de regular, en el ámbito laboral, unos permisos para el cuidado del hijo no común cuando está a su cuidado[448].

Por otro lado, se ha mostrado la preocupación por regular el reconocimiento de ciertos derechos sucesorios y se ha propuesto una manera de llevarlo a cabo, si bien con mucha precaución, ya que existen distintos modelos de familias reconstituidas y no a todos se puede dar la misma solución[449]. Estos autores creen que en derecho sucesorio sería posible su aceptación, siempre que se haga con prudencia, dado que es muy probable que, en general, una persona prefiera que lo suceda el hijo o hija de su cónyuge con el que ha convivido antes que el Estado o parientes de grado distante. Y para que el hijo del cónyuge fuere legitimario proponen, además, la concurrencia de una serie de condiciones: el causante ha debido ejercer la "potestad parental" y debe haber existido una convivencia entre ambos previa a la mayoría de edad del hijo del cónyuge que, tras la aceptación del ejercicio de la "potestad parental", ha continuado al menos dos años más. Tras el cumplimiento de estos requisitos, los autores no ven razones para no equipararlos a los hijos por naturaleza. Pero sobre todo observan la importancia de armonizar el derecho de familia con el de sucesiones. Sin embargo, en estos momentos en que las legítimas son objeto de discusión parece difícil que al hijo del cónyuge se le considere "legitimario".

A propósito de la regulación contenida en el Código Civil de Cataluña, se han señalado algunas cuestiones dudosas en fase prelegislativa[450]. Estas son:

- los presupuestos para alcanzar el estatus que determine la Ley, es decir, si bastaría con el matrimonio o la convivencia con el progenitor del menor o si se exigiría el trascurso de un período de convivencia con este último;

- la forma de obtener ese estatus: por Ley, por pacto o por resolución judicial -y, en este caso, quién habría de pedirla-;

[448] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", *op. cit.*, p. 196.

[449] VAQUER ALOY A., IBARZ LÓPEZ N., "Las familias reconstituidas… *op.cit*., pp. 225, 231 y 232.

[450] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.*, p. 63.

- la exigencia o no de un solo progenitor con guarda exclusiva;

- el rol o poder del otro progenitor del menor, de haberlo, en la concesión y cese de este estatus;

- el contenido de la relación jurídica entre el cónyuge o pareja del progenitor y el menor, y

- el estatus del cónyuge o pareja del progenitor tras el divorcio o separación y mantenimiento de relaciones personales con el menor.

En Estado Unidos este fenómeno es más frecuente y es estudiado desde hace décadas. La doctrina realiza aportaciones interesantes y ha planteado que, mientras no socave el rol de ninguno de los progenitores del menor, parece adecuado al interés del menor cierto reconocimiento al que ejerce funciones parentales de hecho, concretamente en los siguientes aspectos: en el ámbito educativo, mediante la facilitación de la adopción del menor por el cónyuge de su progenitor en casos en que el menor tiene relación con ambos progenitores, en la toma de decisiones en casos de asistencia médica de emergencia, en materia de responsabilidad económica durante el matrimonio y tras el divorcio o mediante la institución del menor como heredero legal del cónyuge de su progenitor[451].

También se ha planteado el supuesto de que el cónyuge o pareja del progenitor y el hijo no común pudieran contraer matrimonio, una vez disuelto el matrimonio o pareja entre aquéllos, lo cual parece un aspecto controvertido sin respuesta uniforme por los Estados[452]. Parece que la solución que se dé a esta cuestión va a depender, esencialmente, de un factor: si, a consecuencia de la disolución del matrimonio o pareja estable que dio lugar a una relación familiar entre el cónyuge no progenitor y el descendiente no común, se disuelve también dicha relación familiar.

Un sector de la doctrina española se ha detenido en el análisis de algunas figuras del ordenamiento jurídico español para comprobar si dan respuesta a este

[451] ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies", *op. cit.*, p. 14. Se trata, en realidad, de los objetivos que se marca la *Stepfamily Association of America*.

[452] ID., *op. cit.*, p. 6.

modelo de familia no regulado -así, los efectos personales del matrimonio, la guarda de hecho, los pactos de delegación de la patria potestad o de funciones propias del tutor, la gestión de negocios ajenos y el mandato-, con el resultado de que la relación entre los miembros de una familia reconstituida -y, más particularmente, la que se tiene lugar entre un cónyuge y el hijo del otro cónyuge- no encaja en ninguna de ellas, sino que se trata de una relación a reconocer y regular de forma expresa[453]. En cualquier caso, se ha estimado que la figura más cercana es la del guardador de hecho[454], postura con la que me muestro de acuerdo.

En el presente apartado sólo se ofrecen planteamientos jurídicos a propósito de las familias reconstituidas, sin darles respuesta. No obstante, dada la mayor similitud entre las figuras del cónyuge del progenitor que convive con el menor y el guardador de hecho, conviene detenerse a explicar el funcionamiento de la guarda de hecho y realizar una serie de valoraciones al respecto.

La figura de la guarda de hecho era conocida antes del año 1983 con el nombre de "tutela de hecho"[455], momento en que la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela la introduce en el Código Civil (cfr. arts. 303, 304 y 306). Recientemente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido cambios en el artículo 303 CC.

---

[453] DÍAZ ALABART S., "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil. Una nueva relación familiar", *Revista de derecho privado*, año nº 76, mes 10, 1992, pp. 840-843; también un sector de la doctrina francesa, en un estudio concienzudo sobre el estatuto jurídico de los *beaux-parents*, ha analizado entre otras, la posibilidad de que los mismos actúen como gestores de negocios ajenos o como mandantes, entre otras figuras jurídicas. Así, CALCIO GAUDINO, M. "Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées", *Dossiers d'etudes*, nº 116, 2009, pp. 14-17. Sin embargo, este tipo de opciones no configuran el objeto de este trabajo por no estar pensadas para la figura del cónyuge del progenitor.

[454] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", en TAMAYO HAYA, S. *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Granada, Comares, 2015, p. 184; también en este sentido, pero concretando que se trata de algo más, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestad parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, pp. 118-119; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 180; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", *op. cit.*, pp. 76-77; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestat parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 69.

[455] DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV). Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 324.

En su virtud, el régimen jurídico de la guarda de hecho contempla, hoy día, lo siguiente (cfr. arts. 303, 304 y 306 CC):

- Si llega a conocimiento de la autoridad judicial la presencia de un guardador de hecho en relación a un menor o persona susceptible de "precisar una institución de protección y apoyo", puede requerirle a este guardador que informe sobre la situación del guardado y de sus bienes y de las actuaciones llevadas a cabo sobre ambos.

- A raíz de ello, el juez puede acordar las "medidas de control y vigilancia" que crea convenientes y mantener al guardador en su «cargo», sin perjuicio de la obligación de disponer la constitución de la tutela si procede -en virtud del artículo 228 CC-. En tanto esto último no tiene lugar, la autoridad judicial puede dotar al guardador de "facultades tutelares", y si el guardado es menor de edad, puede incluso constituir un acogimiento temporal en favor del guardador. El Código especifica que se trata de una situación cautelar -temporal-.

- Si el guardado es menor de edad o incapacitado judicialmente y reúne los presupuestos objetivos de falta de asistencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 172 y 239 *bis* CC, debe ser declarado en situación de desamparo. En los demás casos, el guardador de hecho está legitimado para incoar la privación o suspensión de la patria potestad, la extinción de la tutela o el nombramiento de un tutor.

- Especialmente clave es el contenido del artículo 304 CC, que expresa que "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad". Sobre esto se ha opinado -y muestro mi acuerdo- que debe querer decir que dichos actos no podrán ser declarados nulos, puesto que no parece coherente determinar si dichos actos son o no de utilidad sin impugnarse previamente y discutirse en el correspondiente proceso judicial. De hecho, deberá probarse la utilidad por quien la alegue[456].

- Finalmente, el guardador de hecho tiene el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del guardado si en el ejercicio de su guarda sufre daños

[456] Así, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV). Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, *op. cit*., p. 324.

> y perjuicios, siempre que no medie culpa por su parte y que no se pueda resarcir de otro modo.

Sobre esta figura, la doctrina en general viene afirmando que no se trata de una verdadera institución jurídica, sino una situación fáctica a la que el derecho le reconoce determinados efectos jurídicos a lo realizado hasta que se tiene conocimiento de ella en interés del guardado[457].

[457] En este sentido, se ha afirmado que la guarda de hecho no es realmente una institución de protección del menor, sino una "realidad" que el derecho asume y regula, pero muy livianamente. Así, ANGOSTO SÁEZ, J.F. "El sistema de protección de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico español", *op. cit*., p. 223; también LECIÑENA IBARRA, A. "La guarda de hecho de las personas mayores", Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 30. Esta autora ha expuesto, a propósito de las personas mayores en situación de dependencia, cómo la previa guarda de hecho puede tornar en guarda de derecho si la autoridad judicial estima conveniente mantener en su cargo al guardador y tenerlo sometido a su control y vigilancia, además de la facultad de atribuirle funciones tutelares al guardador en tanto no se constituya la tutela, y nombra como otra vía también el artículo 158 CC a través de su remisión por el artículo 216.2.º CC, el cual dispone que "Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos" (pp. 32-35). El guardador de hecho, ahora de derecho, mantiene tanto el cuidado de la persona del menor como facultades en el ámbito patrimonial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 304 CC, pero con la eficacia añadida de que cuenta con resolución judicial que lo faculta (p. 36). La autora ha resumido los caracteres que debe reunir la actuación del guardador de hecho en estos cuatro: a) "actuación espontánea y voluntaria" -debe salir del guardador, pues si se trata de una delegación o un encargo del guardador legal no sería un guardador de hecho-; b) "estabilidad y permanencia" -de otro modo podría tratarse de una gestión de negocios ajenos sin mandato-; c) "asistencia del guardado con responsabilidad decisoria" -lo que lo distingue de un simple cuidador-, y d) "actuación carente de legitimación" -ni legal ni voluntaria -no debe mediar contrato- (pp. 48-52). Por tanto, se trata de una norma excepcional para un supuesto en el que el actuante no tiene "ningún tipo de legitimación" para ello "y sin que la misma -la injerencia- sea ratificada *ex* art. 1259 CC" (p. 150). Es decir, el artículo 1259 CC establece que no son válidos los contratos hechos por quien no tiene representación legal o autorización, pero el articulo 304 CC establece una nueva excepción a aquella regla general -que redunde en utilidad del guardado-. Pero debe matizarse que la guarda de hecho no es una representación voluntaria (p. 150) ni una representación legal (p. 150) -salvo en Aragón-. Dentro de esto, se permiten actos personales, patrimoniales, de administración y de disposición (p. 152), además de la legitimación procesal en lugar del guardado (pp. 153-156). Sin embargo, los actos realizados en escritura pública no serán posibles, ya que el notario solicitará la representación (p. 160). Otra cosa es que después el juez pueda ordenar que se eleve el acto privado a escritura pública (SAP Toledo 147/2012 (Sec. 2.ª), de 25 de mayo de 2012, Roj: SAP TO 426/2012) (p. 162).

Por su parte, el CCCat. regula asimismo la figura del guardador de hecho[458]. Se observa que la autoridad judicial puede, al igual que en el caso del Código Civil, otorgar funciones tutelares al guardador, especificando que quedará suspendida la patria potestad o la tutela, de haberlas.

En cuanto a la figura del cónyuge del progenitor se ha sostenido que éste tiene también la guarda del menor, si bien de hecho, por tener el cónyuge la guarda y custodia del menor y por convivir éste en el hogar familiar. El problema es que la guarda de hecho no basta para regular esta relación familiar y es por ello que se hace necesaria una regulación que atribuya o permita atribuir facultades concretas al cónyuge del progenitor que convive con el menor[459]. Opino que esas serán,

---

[458] Dispone expresamente el Libro Segundo del CCCat.:

"Artículo 225-1. Guardador de hecho.

Es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen.

(…)

Artículo 225-3. Funciones del guardador de hecho.

1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria.

2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela".

[459] DÍAZ ALABART S., "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil. Una nueva relación familiar", *op. cit.*, p. 846. En este sentido, se puede citar la STS 582/2014 (Sec. 1.ª), de 27 de octubre de 2014, Roj: STS 4243/2014, que, al afirmar que la guarda de hecho es una medida de protección de menores provisional y transitoria para el legislador, lo justifica del siguiente modo:

"Y es que la guarda de hecho se contempla con cautela tanto por razones subjetivas de los concretos guardadores como por la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores objeto de su asistencia.

Bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores, como es el caso aquí contemplado) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estos personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor.

Precisamente se justifica la provisionalidad de la guarda de hecho por la debilidad institucional de la situación, al generarse un vínculo feble entre el menor y su guardador. Este carecería de autoridad formal sobre aquel, que no le debe obediencia a diferencia de lo que sucede con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Ni siquiera podría oponerse el guardador a las personas que con potestad jurídica sobre el menor le requiriesen su entrega, aun convencido de que la entrega, sería peligrosa para él mismo. Tales circunstancias justifican temores y cautelas respecto de la guarda de hecho en sede de seguridad jurídica" (FD 9.º).

En el supuesto de hecho, la guarda de hecho de una menor era ejercida por su abuelo y la esposa de éste con la connivencia de los progenitores de la niña, dada la imposibilidad para los

concretamente, las necesarias para hacer posible la convivencia y para garantizar en cada momento la protección y promoción del menor.

Finalmente, además de la guarda legal -o judicial, si se prefiere- que se aprecia cuando el juez mantiene en el cargo al guardador de hecho por considerarlo conveniente para el interés del menor o del incapaz, es posible hallar en el Código Civil otro supuesto de guarda legal a propósito de la guarda y acogimiento de menores. Los progenitores pueden solicitar a la Entidad Pública que ésta asuma la guarda administrativa de sus hijos durante un período máximo de dos años, cuando concurran "circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas", la cual es una guarda temporal, tras la que éstos vuelven con sus progenitores o tutores. Si la situación no ha cambiado, la Entidad Pública deberá declarar al menor en situación legal de desamparo (cfr. art. 172 *bis* CC). Pero cabe también el acogimiento familiar por las personas que disponga la Entidad Pública, para lo que se buscará siempre el interés del menor y será preeminente su reintegración en la familia de origen y que la guarda de los hermanos se confíe a la misma persona para no separarlos. Todo lo que se acuerde lo será siempre que se haya dado audiencia al menor mayor de doce años o menor con suficiente madurez para ser escuchado (cfr. art. 172 *ter* CC). Además, "El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades" (cfr. art. 173.1.º CC). Además, el acogimiento familiar puede darse dentro de la familia extensa del menor o en "familia ajena" y se pueden distinguir tres tipos en función de su duración y objetivos: a) de urgencia, para menores de seis años y de duración no superior a seis meses; b) temporal, en tanto no vuelve con su familia de origen o no se constituye una medida más estable de protección, de

---

mismos de hacerse cargo de ella, al menos transitoriamente, por tener problemas de drogodependencia. El juez de primera instancia declara en situación de desamparo a la niña y la asunción de la tutela legal por la Comunidad Autónoma de Galicia, mientras que la AP, en apelación, estima el recurso del abuelo y revoca la declaración de desamparo de la menor, confirmando la guarda de hecho de los abuelos paternos. La Xunta de Galicia recurre en casación dicha resolución y el TS desestima el recurso y confirma la postura de la AP, por considerar que la misma emitió su fallo en atención a este caso concreto, es decir, en atención a esa determinada situación de guarda de hecho, además de haber reconocido la cautela y transitoriedad de la medida, y ello por entender -si bien reconoce la complejidad del tema- que para apreciar desamparo en la persona de un menor, deben considerarse tanto el abandono o imposibilidad de ejercitar la función parental o tutelar por el titular o titulares de la misma, como la circunstancia de que el menor se halle, de hecho, desatendido material y moralmente, y ponderar todas estas circunstancias y el interés superior del menor en el caso concreto. Y concluye el Tribunal que, en este supuesto particular, la guarda de hecho del abuelo cubría todas sus necesidades materiales y afectivas -dentro de la reconocida transitoriedad de la medida- (FD 10.º).

duración no superior a dos años -aunque prorrogable si es necesario-, y c) permanente, cuando se supere en el caso anterior el plazo de dos años y, en su caso, la prórroga, si no se puede reintegrar al menor en su familia ni se ha podido constituir una medida estable más adecuada, "o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen". En este último caso, la autoridad judicial, a instancia de la Entidad Pública, podrá conceder a los acogedores permanentes las facultades tutelares que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones en beneficio del menor (cfr. art. 173 *bis* CC).

Se observa, pues, que, dentro del supuesto de hecho de la norma, cabría que constituyera el acogimiento familiar en favor del cónyuge o excónyuge del progenitor en los casos en que el progenitor o progenitores del menor no puedan hacerse cargo del mismo, pero fuera beneficioso para el menor permanecer con la familia con la que, por ejemplo, vivía previamente -si convivió con el primero- o nunca ha vivido, pero en cuyo seno viven medio hermanos.

En definitiva, ni la guarda de hecho ni la guarda legal son instituciones adecuadas donde regular las relaciones familiares dentro de las familias reconstituidas, porque este modelo familiar engloba situaciones muy distintas a las mencionadas, con unas particularidades propias. Otra cuestión es que las soluciones jurídicas ofrecidas para las figuras de guarda resultasen útiles a la hora de plantearse las propias de la relación entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes.

5. OTROS INTERROGANTES

Además de las anteriores cuestiones sugeridas por la doctrina científica, es posible efectuar otros planteamientos a propósito de las familias reconstituidas.

Por un lado, los efectos de constituir una nueva familia no sólo se proyectan sobre las relaciones entre sus miembros, sino sobre las que hay o había entre los miembros de la antigua familia. *V.gr.*, piénsese en las relaciones existentes entre los hijos y la madre o el padre biológico que no ostenta la guarda, o en la pérdida de la pensión compensatoria de un cónyuge hacia el otro cuando éste último se empareja de nuevo (cfr. art. 101 CC).

De otra parte, al hablar de familias reconstituidas se suele pensar, únicamente, en la existencia de relaciones parentofiliales propiamente dichas. Sin embargo, es

posible hallar en el ordenamiento jurídico español otra institución distinta de la filiación que puede dar lugar a una familia reconstituida. Se trata, por supuesto, de la tutela, a la que ya se hizo referencia, pero cuyo comentario corresponde ahora. En efecto, no parece diferente la relación que pueda existir entre un menor sometido a tutela y el cónyuge o pareja de su tutor, con el que convive, de la relación entre un menor y el cónyuge o pareja de su progenitor. En esta línea, se ha afirmado que, de entre todos los medios de guarda, es la tutela el que de forma más auténtica y profunda efectúa la función de reemplazar la patria potestad[460]. Se estima que la solución que pueda darse al supuesto del consorte del progenitor, puede hacerse extensible también al consorte o pareja del tutor. De hecho, algo parecido debió pensar el legislador cuando por Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela (cfr. art. 1)[461], modifica el texto del artículo 236 CC, antiguamente dedicado a las obligaciones del protutor, figura no contemplada ya para la institución de la tutela. Ahora, el artículo 236 CC regula los casos excepcionales en los que cabe la tutela dual o conjunta y, en su número tres, establece la opción de nombrar como tutor también al cónyuge del que ya lo es, en caso de que éste sea tío o tía del tutelado. Eso sí, siempre que sea conveniente, lo que en términos más actuales se puede traducir como que convenga al interés del menor. Se debe advertir que también en este caso se requiere el vínculo matrimonial entre el tutor y su pareja. El precepto no incluye a las parejas de hecho, aunque estén registradas como tal. Es también indiscutible la existencia de vínculo legal entre el cónyuge del tío y el menor[462], pues es el propio de la relación tutor-tutelado. El cónyuge del tío es tutor por título propio, al mismo nivel que el tío del menor. Esta matización es importante, puesto que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien resuelva (cfr. art. 237.2.º CC), mientras que en caso de desacuerdo entre el progenitor del menor y su cónyuge, será el primero quien decida, puesto que el segundo no está situado al mismo nivel que el primero[463].

[460] SANCHO REBUDILLA, F., "XV. La tutela", en LACRUZ BERDEJO J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia, vol. II*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, p. 292.

[461] BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983, pp. 28932 a 28935.

[462] En este sentido, DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit.*, p. 840.

[463] Cuestión diferente es que el tutor contraiga matrimonio después de ser tutor, en cuyo caso su cónyuge tiene idéntica posición que la que corresponde al nuevo cónyuge del progenitor, esto es, no será tutor al amparo del artículo 236 CC porque en el momento de la constitución de la tutela no era cónyuge del tío.

Esta facultad prevista para el cónyuge del tutor-tío, recuerda a la posibilidad también prevista en la Ley de que el cónyuge del progenitor adopte al hijo de éste. De ambos modos se alcanza un estatus idéntico al de su consorte.

Cabría, asimismo, cuestionar si el Juez podría acordar el ejercicio conjunto de la tutela por el tío o tía del menor y su cónyuge en beneficio del menor si el primero se opone injustificadamente. El Código Civil no ha previsto la oposición y el único límite -y directriz- del Juez es el interés del menor. Sin embargo, una decisión en contra del sentir del tutor, podría crear una situación difícil y, quizás, no muy conveniente para el menor.

No obstante lo anterior, me planteo otra hipótesis. En caso de que no se considere conveniente para el interés del menor el ejercicio conjunto de la tutela del tío y su cónyuge, sí se podría afirmar que este último está en la misma posición que el cónyuge del progenitor. Esto es, tendría la misma relación con el menor y los mismos problemas derivados de la falta de regulación legal. Y más aún, considero que lo estarían al mismo nivel, puesto que es el cónyuge del tutor y la tutela no es más que una institución ideada para suplir la patria potestad. Ello se desprende de forma clara de la lectura del artículo 269 CC, que regula las obligaciones del tutor. Estas obligaciones consisten en una reproducción de las funciones inherentes a la patria potestad (cfr. art. 154 CC) y las obligaciones propias de la tutela: velar por el tutelado y, en concreto, procurarle alimentos, educarlo y procurarle una formación integral, favorecer la obtención o restauración de su capacidad y su inserción social y rendir cuentas cada año.

Podría razonarse que, si el cónyuge del tutor puede ser cotutor y no lo solicita, es deducible que aquél no tiene interés en ejercitar las funciones ligadas a la función parental. Más aún, a partir de esa premisa, cabría plantearse lo mismo del cónyuge del progenitor, puesto que en algunos casos tiene la posibilidad de adoptar al hijo de su consorte[464].

No obstante, cualquiera de los dos podría no hacer uso de su posibilidad por razones ajenas a su voluntad[465], como el deseo expreso de su cónyuge, el único tutor

[464] Recuérdese que no es siempre posible la adopción en estos casos, probablemente en su mayoría, puesto que las familias reconstituidas derivan, en la mayor parte de los supuestos, de un divorcio, y lo normal es que haya otra figura progenitora que ostente la responsabilidad parental del menor.

[465] En esta línea, el CCCat. manifiesta en el apartado III de su Preámbulo que la adopción del hijo del cónyuge no es siempre posible. Por ello, puesto que ésta era la única vía anteriormente para poder ejercer alguna función parental en relación a estos hijos no comunes, en particular “en caso de

o progenitor del menor. Asimismo, podría el primero solicitar la cotutela o el segundo instar la adopción y serle denegadas por el Juez con base en el interés del menor.

En ese caso se podría pensar que, tal vez, no resulte conveniente el reconocimiento de ninguna función a estas personas. Sin embargo, la convivencia se produce y la relación de hecho se establece, por lo que cabe preguntarse si no sería justo, acorde con la convivencia pacífica e, incluso, beneficioso para el menor el reconocimiento de determinadas facultades a estas personas, al menos en momentos de urgencia. Si el juez ha negado la cotutela en interés del menor, no parece adecuado el reconocimiento de funciones al cónyuge del tío-tutor en supuestos de urgente necesidad. Sin embargo, sí parece necesaria la atribución de estas funciones en el caso de que el cónyuge del tutor no sea cotutor porque el matrimonio se produjera después a la constitución de la tutela, dado que el Código Civil no ha previsto una ampliación de tutela a cotutela *a posteriori*. Éste es el supuesto de hecho que se puede equiparar a la relación familiar entre en el cónyuge del progenitor y el hijo no común.

En derecho catalán se contemplan dos casos en que cabe el nombramiento de dos tutores para una misma persona: la primera es, obviamente, que así se haya dispuesto por quien tuviera potestad para ello y la segunda es el tutor sea casado o conviva en pareja estable y sea "conveniente" para el menor que su pareja ejerza asimismo la tutela del menor o incapacitado (cfr. art. 222-25 CCCat.). Este ejercicio será de forma conjunta salvo que se haya establecido otra forma al constituir la tutela (cfr. art. 222-26 CCCat.). En caso de desacuerdo entre los tutores, será la autoridad judicial quien resuelva, en todo caso (cfr. art. 222-28 CCCat.).

Otros derechos civiles del Estado se han adaptado más rápidamente que el derecho común a las necesidades de la sociedad y han incluido al conviviente del tutor en su regulación.

---

muerte del otro progenitor o si este último se había desentendido del hijo y el referente paterno o materno había pasado a ser la actual pareja de la madre o el padre biológico" el CCCat. decide habilitarlo para participar en cuanto "a las relaciones con los educadores, la atención a las necesidades ordinarias y demás determinaciones que afectan al menor y en la que, a menudo, está involucrado materialmente". Especifica que esta actuación se desarrolla en beneficio del menor y mientras dure la convivencia. Por otro lado, en caso de muerte del progenitor custodio, su cónyuge puede ser nombrado titular de la responsabilidad parental si el otro progenitor, de haberlo, no la recobra, y siempre que se dé audiencia a éste y al menor. El juez adoptará la decisión en interés del menor.

Del mismo modo, cabe plantearse la posibilidad de que los hijos del cónyuge o el cónyuge no progenitor ejerzan otras instituciones tutelares[466]. No obstante, si bien puede servir como parche en tanto no se ofrece otro marco jurídico, debe aspirarse a una regulación propia y más completa.

III. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

Ocurre que, producido un divorcio en el seno de la primera familia y tras la formalización de una nueva pareja por parte de uno o ambos excónyuges, cada uno de los miembros de la familia tiene su propia idea sobre quién forma parte de la misma[467]. Es necesario, por ello, analizar qué elementos suelen darse en las familias reconstituidas para su identificación como tales en el ámbito jurídico.

Es posible distinguir dos elementos esenciales en el proceso de reconstitución familiar:

- la convivencia en el hogar familiar;

- los vínculos jurídicos entre sus miembros, entre los que no pueden faltar:

    - un vínculo de filiación entre al menos un hijo no común y uno de los cónyuges;

    - un vínculo afectivo entre los miembros de la pareja.

[466] A este respecto, conviene mencionar que, en el supuesto de hecho del AAP Barcelona 129/2007 (Sec. 18.ª), de 28 de junio de 2007, Roj: AAP B 5087/2007, la Sala resuelve un recurso de apelación interpuesto por una señora que solicitó al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers la guarda de hecho de quien fue esposa de su padre y no tiene otros parientes, la cual ya ejercía de hecho, solicitud que fue objeto de sobreseimiento y archivo, al señalar que corresponde, en este caso, al Ministerio Fiscal instar demanda de incapacitación[466]. No obstante, la AP Barcelona determina que, en tanto que eso no sucede, sea nombrada la apelante guardadora de hecho de quien fue cónyuge de su padre, dada la necesidad de que alguien la cuide y puesto que la guarda de hecho es una institución jurídica. Reconoce que el Juzgado de instancia puede nombrarle un defensor judicial mientras no recae, en su caso, sentencia de incapacitación y se nombra a un tutor, así como que aquel cargo puede serle otorgado, asimismo, a la apelante (FD 1º).

[467] BECK-GERNSHEIM, E., *La reinvención de la familia…, op.cit.*, pp. 70-71.

Otro vínculo jurídico que puede estar presente es el lazo fraternal entre los hermanos y los medios hermanos e, incluso, un parentesco por afinidad entre el hijo no común y el cónyuge de su progenitor, por limitadas que puedan ser sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, no son vínculos jurídicos, pero sí relaciones familiares de hecho, las que pueden originarse, por un lado, entre la pareja estable del progenitor y los hijos no comunes y, por otro lado, entre los hijos propios de cada uno de los cónyuges.

1. LA CONVIVENCIA EN LA VIVIENDA FAMILIAR

A este respecto se debe hacer referencia tanto al concepto y contenido de la convivencia en una familia reconstituida como a los roles que puede desempeñar el cónyuge del progenitor durante esa convivencia.

1.1. Concepto y contenido de "convivencia" en la familia reconstituida

El Diccionario de la RAE sólo ofrece una definición del término "convivir" y es "Vivir en compañía de otro u otros". Si se parte de esa descripción, se puede reflexionar que, en función de quién o quiénes sean esa otra persona o personas, el derecho ha previsto unos determinados efectos jurídicos.

El concepto que aquí interesa es el de convivencia en la vivienda familiar. En lo referente a las familias, se debe examinar qué se entiende por "convivencia" en sentido jurídico, esto es, qué circunstancias deben acontecer para que el ordenamiento jurídico español común reconozca que tiene o ha tenido lugar una convivencia en la vivienda familiar.

El Código Civil se refiere a la obligación de los cónyuges de vivir juntos, la presunción *iuris tantum* de este hecho y las reglas para fijar el domicilio conyugal: se hará según pacten los cónyuges y, si no media acuerdo, decidirá el juez en interés de la familia (cfr. arts. 68-70 CC).

Por otro lado, dentro del contenido de la patria potestad, se halla el deber de los progenitores de tener a los hijos en su compañía (cfr. art. 154 CC). Este derecho-deber de convivencia y el deber de cuidado de los hijos -"velar por ellos"- vienen

necesariamente ligados a la guarda del menor, y la faceta material del primero lo constituye la vivienda familiar como espacio físico[468].

Algunos análisis socioantropológicos han concluido que la existencia de una familia reconstituida no lleva aparejada, necesariamente, la convivencia de todos sus miembros en una única vivienda[469]. Además, esos análisis observan la reconstitución de la familia no como un hecho que ha tenido lugar en un momento dado, sino como un proceso en continua transformación. En muchas ocasiones, el régimen de convivencia elegido no se mantiene para siempre, sino que va cambiando en función de las circunstancias del caso.

Resulta muy habitual en la actualidad referirse a las familias reconstituidas con el nombre de "constelaciones familiares", precisamente debido al desplazamiento de los hijos de uno a otro hogar familiar -el propio de cada progenitor-[470]. Pero ésta es sólo una modalidad de este fenómeno familiar. La realidad es que los cónyuges, normalmente antes de serlo, consideran, sopesan y deciden sobre la conveniencia de irse a vivir o no juntos y, en su caso, de cómo llevarlo a cabo. En estas familias, en las que hay miembros entre los cuales no existen vínculos de parentesco, es muy normal que surjan mayores problemas. Por ello, sus integrantes meditan mucho sobre el modelo de hogar familiar que más les interesa[471].

---

[468] *Vid*. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, p. 46-47.

[469] RIVAS RIVAS, A. "Composición y modalidades residenciales", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op. cit.*, pp. 155-199; ÁVILA CANTOS, D., AYALA RUBIO, A., DÍAZ RODRÍGUEZ, P. "Reflexibidad del parentesco… *op. cit.*, pp. 200-224 y 156. También en RIVAS RIVAS, A.M. ''El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas'', *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. 12, nº 2, 2012, p. 31. En este caso, la autora advierte sobre el desacierto que supondría utilizar el término hogar sólo en referencia a la residencia, porque con ello se excluirían las relaciones entre el menor y el progenitor no conviviente y entre el primero y los miembros de la nueva unidad familiar del segundo.

[470] JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op. cit.*, p. 79.

[471] De las entrevistas realizadas se infiere que el hecho de que los hijos no comunes tengan intimidad y un propio espacio -una habitación individual- disminuye, por lo general, los problemas de convivencia. Algunas de las modalidades de convivencia utilizadas por estas familias son: vivir todos juntos en una misma casa, con espacio suficiente para acogerlos a todos -si la situación económica lo permite, que cada hijo disponga de un dormitorio propio-; separar las viviendas -como si fueran dos familias diferentes, pero que no lo son-, solución que, a su vez, puede desarrollarse de dos modos: irse a vivir con los hijos, ya sea porque las relaciones entre ellos y su cónyuge son tensas o porque entre ambos cónyuges se dan diferencias en lo que se refiere a hábitos, normas y educación de los hijos; irse

Algunos autores, que han reconocido como familias reconstituidas también a las formadas por el progenitor no custodio y su nueva pareja estable, explican este hecho en no considerar la residencia como variable distintiva de estas familias, sino que basan su posición en las relaciones que surgirán entre sus miembros por el hecho de compartir ciertos momentos familiares[472].

Con base en todo lo anterior, parece conveniente concluir que la convivencia es un requisito imprescindible para justificar, posteriormente, el establecimiento de ciertas relaciones jurídicas entre los miembros de las familias reconstituidas que carecen de vínculo jurídico. Pero ello no quiere decir que se deba entender la convivencia como un dato meramente formal -*v. gr*. estar empadronado en una determinada vivienda- o como un dato temporal -porque pase mas tiempo el menor en una casa al estar bajo la custodia del progenitor que vive en esa casa-. Lo que parece que debe tenerse en cuenta es el hecho de que el menor pase un determinado tiempo en un hogar familiar haciendo vida en familia[473].

También se ha barajado la idea de que los hijos no comunes procedentes de estas familias y que conviven en un solo hogar se independicen antes que los hijos

---

a vivir con el cónyuge, por ejemplo porque los hijos han alcanzado una edad a partir de la cual pueden vivir solos o porque los dejan al cuidado de los abuelos, para evitar conflictos existentes incluso entre el progenitor y sus hijos. Con cualquiera de estos métodos se pretende eludir una elección entre unos y otros que supondría una ruptura en las relaciones con alguno de ellos, aunque también se pueden tener en cuenta motivos económicos. Así, RIVAS RIVAS, A. "Composición y modalidades residenciales", *op. cit.*, pp. 162, 163, 180, 182, 186 y 194.

[472] *Op. cit.* MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *op. cit.*, p. 374.

[473] Entendido de ese modo, el menor forma parte de la familia reconstituida formada por su progenitor no custodio y la nueva esposa o pareja de éste en los momentos en los que se de convivencia entre ellos, es decir, cuando el menor se halle disfrutando del régimen de visitas en la casa del progenitor visitante. Se debe recordar que, en derecho español, el llamado "derecho de visitas" del progenitor que ostenta la patria potestad conjunta no es sino una guarda más corta, durante la cual debe ejercer las mismas funciones inherentes a la patria potestad que ejerce el otro progenitor -el guardador en sentido estricto- cuando tiene al menor a su cuidado. En otras palabras, la cantidad de tiempo pasado con sus progenitores es distinto, pero la calidad debe ser la misma, y por eso que sea conveniente -y justo- reconocer que el menor es tan miembro de una familia como de la otra. En línea con el ejemplo anterior, puede que se vea más claro el caso del menor sometido a guarda y custodia compartida. En estos casos, el menor tiene, en principio, la misma relación con ambos progenitores y se intenta que pase más o menos el mismo tiempo con ambos, por lo que parece adecuado pensar que, durante la convivencia en el hogar familiar de cada progenitor, el menor está haciendo vida en familia. Pero se debe tener en cuenta una importante cuestión, tanto en este caso como en el anterior: el menor no deja de pertenecer a una familia durante el tiempo que no convive. Otra cosa es que, para determinados efectos, el ordenamiento jurídico no considere miembro de la familia al hijo sobre el que se tiene un derecho de visitas, como, por ejemplo, a efectos de consideración de familia numerosa, pues como ya se sabe, no hay una concordancia en el sistema sobre qué se entiende por familia.

que forman parte de otros modelos familiares. En realidad, esa afirmación no es cierta *per se*. Estos hijos no comunes tienen las mismas dificultades que cualesquiera otros para abandonar el domicilio familiar: no encuentran trabajo, no disponen de una vivienda… Pero lo que sí es real es que, en el caso de existir una relación conflictiva o tensa entre sus miembros, la prisa por trasladarse aumenta. Se han señalado dos circunstancias en las que los hijos cesan antes en la convivencia con su progenitor: *a)* el hijo o hija, acuciado por la tirante relación con su progenitor o con el cónyuge de éste y porque las circunstancias se lo permiten, decide marcharse a otra casa; *b)* el padre o madre, dada la mayor edad del hijo o hija, decide mudarse a casa del cónyuge y dejar a aquél su vivienda[474].

Sin embargo, también es posible que, en muchas ocasiones, la convivencia que pueda tener una persona con los hijos de su cónyuge puede ser "más estrecha", incluso, que la habida con sus propios hijos, si éstos no viven en el hogar familiar y aquéllos sí[475].

Un sector doctrinal coloca el hecho de la convivencia entre los fundamentos que justifican el reconocimiento de los derechos-deberes que pudiera tener el cónyuge del progenitor del menor sobre éste. De este modo, *a*) convivir en la misma vivienda es un dato que revela el consentimiento de los cónyuges. Los otros fundamentos son: *b*) la existencia de una suerte de "relación familiar" entre el menor y el cónyuge de su progenitor derivada de los vínculos de filiación y matrimonial presentes; *c*) la disimilitud de esta relación con respecto de la que surge de la convivencia con otros parientes, pues la filiación es el grado más próximo de parentesco y, especialmente, por la relación de dependencia de los menores hacia sus

[474] Vid. RIVAS RIVAS, A. "Composición y modalidades residenciales", *op. cit.*, pp. 198-199.

Asimismo, entre los resultados arrojados por un estudio realizado en la Comunidad de Madrid sobre las familias reconstituidas en el campo de la antropología social, se destaca que "Atendiendo a la edad de los hijos que conviven en el hogar, se comprueba que entre las familias reconstituidas hay una presencia mayor de hijos menores de 20 años, que en las familias de procreación común; un punto o dos por encima del total en hogares con niños y niñas entre 0 y 4 años, adolescentes y jóvenes hasta los 19 años. Esta presencia de hijos más jóvenes tiene que ver probablemente con el hecho de que la formación de nuevas familias después de la disolución de parejas anteriores, es un fenómeno demográfico relativamente joven en España, pero también puede deberse a que los hijos que conviven en estas familias tengan una emancipación más temprana que el resto de los jóvenes que viven con ambos progenitores en el núcleo familiar de origen". RIVAS RIVAS, A.M. ''El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas'', *op. cit.*, p. 34.

[475] SERNA MEROÑO, E. "Los Derechos sucesorios de los hijos… *op. cit.*, p. 239.

progenitores y, *d*) que el objetivo pretendido es proteger el interés de los menores (cfr. art. 39 CE)[476].

Otro fenómeno de actualidad que evidencia la inminente necesidad de que el derecho civil común regule las relaciones familiares que surgen de este modelo familiar es el de la cada vez más frecuente atribución de la guarda y custodia conjunta de los hijos a ambos progenitores. La asignación de la guarda y custodia compartida está naturalizándose hoy día en el propio derecho civil común (cfr. art. 92 CC)[477], en sintonía con distintas leyes en la materia que los parlamentos autonómicos han promulgado en los últimos años y de la línea jurisprudencial seguida también en el Tribunal Supremo[478].

El Tribunal Supremo contempla esta modalidad de guarda como el régimen "normal e incluso deseable"[479], puesto que permite que los hijos se relacionen con

[476] DÍAZ ALABART S., "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit.*, pp. 845-846.

[477] En este sentido, en el año 2012 se asignó la custodia de los hijos a la madre en un 79,5% de los casos, al padre en un 5,3% y a ambos en un 14,6% de los supuestos. De este modo, el porcentaje de esta última modalidad se acerca poco a poco a otros Estados europeos como Países Bajos y Suecia, donde se adoptó la custodia compartida en un 16 y un 20% de los casos, respectivamente. CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, *op. cit.*, p. 20. Además, se ha sostenido que existe el mal hábito de los progenitores de solicitar la guarda para sí mismos, sin valorar qué modalidad es más beneficiosa para el menor y, asimismo, frente a lo que se pueda decir, que los jueces no establecen el régimen de guarda compartida contra la voluntad de un progenitor que no la desea, sino que fijan el régimen que mejor se adapta al menor concreto. Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 30.

[478] Es el caso del Código de Derecho Foral de Aragón (art. 80.2.º), aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que recoge la disposición ya introducida por Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Ley pionera en España en esta materia; la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (art. 233-10.2. en relación con art. 233-8.1); la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (art. 3) y la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, anulada por el Tribunal Constitucional en 2016 por invadir competencias estatales.

[479] Doctrina fijada en STS 257/2013 (Sec. 1.ª), de 29 de abril de 2013, Roj: 2246/2013 y repetida, entre otras, en SSTS 200/2014 (Sec. 1.ª), de 25 de abril de 2014, Roj: STS 1699/2014, 619/2014 (Sec. 1.ª), de 30 de octubre de 2014, Roj: STS 4342/2014, 616/2014 (Sec. 1.ª), de 18 de noviembre de 2014, Roj: STS 4608/2014, y 579/2017 (Sec. 1.ª), de 25 de octubre de 2017, Roj: STS 3755/2017.

ambos progenitores de forma efectiva[480], siempre, claro está, que no perjudique el interés del menor.

En estos casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida del menor puede darse la circunstancia, por citar un ejemplo, de que aquéllos formen, cada uno por su lado, una nueva familia con otras personas. Los hijos comunes conviven con el actual consorte de cada uno durante el período de guarda que le corresponda a éste, con lo cual se genera una relación cuasi parental entre ellos.

La situación se puede complicar más si, a su vez, los nuevos consortes de los progenitores del menor tienen hijos habidos en una anterior relación. Más aún, si el otro progenitor de estos hijos existe y mantiene relación con ellos. Ni qué decir tiene si también sale con una nueva pareja. De este modo, la realidad se puede complicar hasta el infinito, dando lugar a innumerables problemas de no fácil solución. Cada una de estas unidades familiares es un ejemplo de familia reconstituida, o puede serlo. Se puede presentir, sin perjuicio de que no en todos los casos resulte positivo para los menores, que los niños que pertenecen a estas familias se van a enriquecer de tantas experiencias familiares.

Por otro lado, se ha sostenido que la convivencia en pareja disminuye el número de niños viviendo en situación de pobreza, sobre todo cuando la pareja del progenitor es un hombre, puesto que en el caso de las mujeres influyen negativamente factores como la discriminación salarial o la mayor asunción de

[480] Un sector de la doctrina defiende el ejercicio compartido de la guarda y custodia en los supuestos de separación de los progenitores con fundamento en que, si esta modalidad de guarda es la mejor para el menor cuando los progenitores están juntos, a lo que se debe aspirar es a su continuidad cuando éstos se separan, ya que lo más adecuado para el completo desarrollo del menor consiste en mantener relaciones personales con sus dos progenitores -lo cual ha sido constatado por diversos estudios psicológicos y reconocido por los textos internacionales en materia de menores y multitud de derechos internos-. Así, GARCÍA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M. "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2015", *Dereito,* vol. 14, nº 2, 2005, pp. 120-121. En esta línea, en el supuesto de hecho planteado en la SAP Vizcaya 490/2016 (Sec. 4ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP BI 1637/2016, la Sala, en seguimiento del criterio fijado actualmente por el Tribunal Supremo, modifica el régimen de custodia sobre un menor de modo que otorga la custodia compartida a ambos progenitores, sencillamente por no haber motivos para apreciar un posible perjuicio para el menor, y ello a pesar de que la prueba pericial psicosocial practicada en instancia recogía "una alta vinculación emocional con el ámbito materno" y que "el apego afectivo derivado del proceso de crianza del menor con su madre, quien ha formado una familia reconstituida con adecuados lazos relacionales y nacimiento de una hermana, y la salida de José María" -el hijo- "del dicho grupo de forma temporal y alterna, podría generar alteraciones en su rol con sentimiento de exclusión de dicho grupo familiar". Así, puede observarse cómo se prioriza el interés del menor manifestado en el mantenimiento de las relaciones con sus progenitores sobre cualesquiera otras relaciones o, si se trata de ambos progenitores, se intenta que el menor no pierda la relación con ninguno de ellos.

responsabilidad en el cuidado de los hijos[481]. No obstante, también se ha expuesto la menor inversión económica que cualquiera de ellos suele hacer en relación a los hijos no comunes[482].

Todo lo anterior no significa que no haya supuestos en los que se deba entender la existencia de una familia, aunque todos sus miembros no convivan. Pero en el caso de las familias reconstituidas, y particularmente en el caso del cónyuge del progenitor y el hijo no común, cuya relación no nace de la filiación, es imprescindible la convivencia entre ellos, al menos durante un tiempo o durante ciertos períodos, pues, en otro caso no parece que pueda llegar a darse relación alguna.

1.2. Los diferentes roles del cónyuge del progenitor durante la convivencia

Se ha sostenido que "vida en común" no significa siempre "apoyo educativo", pero que sin duda éste tiene su base en aquélla y, a su vez, de ese apoyo educativo surgirán los vínculos entre el cónyuge o pareja del progenitor y el hijo no común[483].

Interesa referirse a los roles ejercidos por el cónyuge del progenitor sobre los hijos no comunes durante su convivencia en el hogar familiar. Y son roles, en plural, porque, como puede adivinarse, no siempre va a ser el mismo.

La existencia de hijos da lugar, frecuentemente, a la duplicación de roles parentales o a la concurrencia de varios de distinta intensidad, circunstancias que pueden acarrear conflictos internos en la familia.

---

[481] AVELLAR, S., SMOCK, P.J. "The Economic Consequences of the Dissolution of Cohabiting Unions, *Journal of Marriage & Family*, vol. 67, 2005, p. 325; BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 131. No obstante, otro sector doctrinal ha defendido que la paternidad múltiple no debe ser apoyada por el hecho de ser un modo de solucionar las situaciones de pobreza infantil -lo cual es discutible, y así lo manifiesta- sino porque promueve las necesidades de crianza de los menores más allá de lo económico. DOWD, N.E. "Multiple Parents/ Multiple Fathers", *Journal of Law and Family Studies*, vol. 9, 2007, p. 252.

[482] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 133.

[483] *Vid*. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. "Familles recomposées: l'impuissance du droit!", *Dialogue*, nº 201(3), 2013, p. 26.

La expresión "padre social", a mi juicio desacertada por los motivos ya señalados anteriormente, es admitida por algunos autores para referirse a la persona que ejerce funciones parentales, coincida o no con el progenitor[484]. Según este punto de vista, la expresión puede dar lugar a confusión, puesto que puede referirse también a la madre o al padre biológicos que ejercen tales funciones.

Otros autores hablan de *hijos de hecho*, o *filiación de hecho*, para aludir a este tipo de relación, pues sostienen que entre ellos existe muchas veces una relación muy semejante a la parentofilial[485].

Un sector de la doctrina estadounidense concluía hace más de una década, a raíz de un estudio de derecho comparado, que en la mayoría de países abundaba más la figura del *stepfather* que la de la s*tepmother*, debido a que normalmente se atribuía la custodia del menor a la madre[486]. Hoy en día, es muy posible que el resultado sea el mismo. No obstante, al menos en España, donde la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido como regla general la atribución de la llamada custodia compartida, la cifra de "madrastras" ha debido de aumentar y es posible que, conforme pase el tiempo, la balanza se equilibre.

En el ámbito jurídico el Código Civil ha dado, históricamente, un papel exiguo al cónyuge del progenitor y a los hijos no comunes[487].

---

[484] RIVAS RIVAS, A.M.ª, "Estrategias residenciales y procesos de recomposición familiar", *Papers: revista de sociología*, 2013, vol. 98, nº 1, p. 104.

[485] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo 1. Familia, sociedad y derecho", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., DE PABLO CONTRERAS P., PÉREZ ÁLVAREZ M.A., *Curso de derecho civil… op. cit.*, p. 23.

[486] ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies", *op. cit*., p. 4. Más recientemente, SCHMEECKLE, M. et al., "What Makes Someone Family? Adult Children's Perceptions of Current and Formen Stepparents", *Journal of Marriage and Family*, vol. 68, 2006, p. 599.

[487] La primera referencia a la relación entre uno de los cónyuges y los hijos propios del otro se hace en el texto original de 1889. El artículo 1408 CC contenía la lista de gastos que se consideraban a cargo de la sociedad de gananciales y, en su número 5 establecía como tales, en concreto, "el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges". De este modo, la masa ganancial quedaba afecta al pago de la manutención de los hijos propios de cualquiera de los cónyuges, siempre que éstos fueran fruto de un matrimonio anterior. Ello se corresponde con el contexto histórico, pues la equiparación de todos los hijos ante la Ley en España no se produce hasta casi un siglo después, si se excluye el breve paréntesis que supuso la II República, que establecía los mismos deberes de los progenitores para con los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio -*cfr.* artículo 43 de la Constitución española de 1931-. Se debe destacar que el enunciado original del artículo 1408 CC no hacía mención alguna de la convivencia en el hogar familiar, por lo que, parece ser, las únicas condiciones que requería el precepto eran *a)* el vínculo

Es muy natural que, en la práctica, se dé la circunstancia de una "doble parentalidad" en los supuestos de familias reconstituidas. No obstante, esta circunstancia y todos los interrogantes que plantea no tienen lugar en los casos en que el progenitor se entrega a la nueva familia y se distancia de los hijos de la primera unión[488].

Cuando se refiere una doble parentalidad debe pensarse en los casos de concurrencia de dos personas que ejercen la función de padre o de madre sobre un menor. *V.gr.*, imagínese una señora que contrae segundas nupcias, que tiene un hijo fruto del anterior matrimonio, sobre el cual ostenta la guarda y custodia y que pasa a convivir con su nuevo consorte. El menor seguirá teniendo una relación parentofilial con su padre, y además se establecerá cierta relación familiar entre el menor y el nuevo cónyuge de su madre.

Ese es un ejemplo de doble parentalidad. No obstante, no en todos los casos de familias reconstituidas se da el supuesto de doble parentalidad. Piénsese en las familias monoparentales que más tarde se transforman en familias reconstituidas.

Pues bien, esta circunstancia de doble parentalidad presenta toda una serie de problemas jurídicos. Si ya entraña complicaciones la figura del cónyuge del progenitor, a esas trabas se debe añadir la existencia de otro progenitor -biológico y, por lo general, legal-, pues debe conciliarse el rol de ambos sobre la persona del menor.

---

matrimonial entre la pareja y *b)* la condición de legítimos de los hijos de uno solo de los cónyuges. Hoy día, sin embargo, el contenido de dicho artículo se encuentra en el actual artículo 1362 CC - que, en origen, correspondía a la Sección referida a la administración y usufructo de la dote-, que ha sido modificado por el artículo 3.º de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio -BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, pp. 10725 a 10735-. La nueva redacción incluye como gastos a cargo de la sociedad de gananciales los que deriven, entre otras causas, de la "alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges… cuando convivan en el hogar familiar". En caso de no convivir en la vivienda familiar, también serán costeados por la sociedad de gananciales, si bien al tiempo de la liquidación de la misma deberán ser resarcidos -art. 1362.1.º *in fine*-. Se desprende, pues, que los requisitos del precepto legal ahora son *a)* el vínculo matrimonial entre la pareja y *b)* la convivencia de los hijos propios del cónyuge en el hogar familiar. Ya, como es natural, no se distingue entre la condición matrimonial o no matrimonial de tales hijos. Se observa como coinciden con los elementos que se analizan en el presente apartado y que se consideran esenciales para la existencia de una familia reconstituida.

[488] En este sentido, MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*… *op. cit.*, p. 377. Esta autora refiere la alta tasa de supuestos de este tipo en Italia en el año 1999.

Algunos autores hablan de "coexistencia" de dos figuras que asumen un rol semejante, de padre o madre[489], y refieren haber una multiplicidad de nombres para referirse a la relación entre la nueva pareja del progenitor y el menor, como *parentescos electivos*[490].

La doble parentalidad tiene un significado dual, según la posición desde la que se contemple. Desde el lugar del menor o mayor incapacitado, la doble parentalidad supone tener dos figuras paternales: la del propio progenitor y la del cónyuge o pareja del otro progenitor. Desde la posición de este último, significa la ocasión de dos tipos de hijos: su hijo propio -que puede ser o no común- y el hijo propio del cónyuge o pareja sentimental.

El cónyuge del progenitor no siempre desempeña las mismas funciones con respecto a los hijos no comunes ni es tratado de igual modo en todos los casos. Pero esta afirmación no sorprende, si se tiene en cuenta que los propios progenitores del menor no asumen siempre un mismo rol[491]. *V.gr.*, hay progenitores que ofrecen apoyo económico sin proporcionar apoyo emocional; hay quienes dedican todo su tiempo a su familia, pero no contribuyen a su mantenimiento e, incluso, hay quienes son padres o madres sólo de nombre y no tienen contacto con sus hijos. El último de los casos llama a plantearse por qué un progenitor que no se hace cargo de sus descendientes puede conservar su estatus, mientras que a una persona que ha asumido voluntariamente el papel de padre o madre, el ordenamiento jurídico le niega tal posición[492].

Otros autores del campo de la antropología comprenden que los términos conexos tradicionalmente al rol de padre -ausencia y presencia- han podido mutar bastante. En la nueva sociedad española, con diversos modelos de convivencia, no se

[489] RIVAS RIVAS, A.M.ª, "Las nuevas formas de vivir en familia…, *op. cit.*, p. 184.

[490] BECK-GERNSHEIM, E., *La reinvención de la familia…*, *op. cit.*, p. 71.

[491] En el ámbito de la demografía francesa, se han señalado, entre los factores que más probablemente influyen en la continuidad y asiduidad de las relaciones entre el progenitor y sus hijos la reorganización de la familia, el tiempo que ha pasado desde la ruptura de la convivencia o la edad de los hijos tanto en el momento de la ruptura como en el de la observación. Sin embargo, en igualdad de condiciones, se ha observado como factor más significativo la nueva situación familiar del padre, siendo menos relevante el nuevo estado civil de la madre. La naturaleza de la relación que tuvo lugar entre los progenitores y el tiempo transcurrido desde su separación influyen en menor proporción. Así, VILLENEUVE-GOKALP, C. "La double famille des enfants de parents séparés, *op. cit.*, pp. 23, 26 y 28.

[492] En este sentido, JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, pp. 312-313.

puede identificar la ausencia paterna con la ausencia en el hogar. Tal vez debiera, mejor, entenderse como la ausencia de participación en la crianza del menor y hablar, en lugar de padre, de "función paterna" o "experiencia paterna", que puede tener lugar de diversos modos[493].

En el campo de la psicología, donde también se han hecho estudios sobre familias reconstituidas, se han advertido, entre las fuentes de estrés que pueden soportar estas familias durante el proceso de su formación, "la consolidación del vínculo marital, el establecimiento de los nuevos roles familiares o la regulación de la convivencia familiar"[494].

Para explicar los distintos modos de configurar esta especie de estatus de padre o madre del cónyuge del progenitor es preciso el recurso a los campos de la sociología y de la antropología social. Un sector doctrinal construye su teoría sobre la base de las lógicas que singularizan a la reconstitución familiar (la lógica de la sustitución –el cónyuge del progenitor conviviente sustituye al progenitor no custodio- y la lógica de la perennidad –el progenitor no custodio conserva su estatus -) y el análisis de prácticas de familias reales[495]. Se pueden dar estrategias de

---

[493] Así, JIMÉNEZ GODOY, A.B. "La paternidad en entredicho", *Gazeta de Antropología*, nº 20, artículo 19, 2004, pp. 6 y 12-13, consultado en https://www.ugr.es/~pwlac/G20_19AnaBelen_Jimenez_Godoy.pdf el 26/07/2020. Habría que analizar quién ejerce esa función y cuáles son los criterios que han de darse para que tenga lugar. Ya no existe un ideal o esquema de paternidad, sino que cada cual la vive y la construye como quiere. En este sentido, habla la autora de dejar "espacio a la paternidad como sentido en el desarrollo del hombre, como contenido clave en su identidad", lo que jurídicamente se puede poner en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad -art. 10.1.º CE-, y se refiere sobre todo al varón porque, en el ámbito familiar, desempeña ahora un rol más activo y cambiante con respecto a épocas pasadas.

[494] Así, ESPINAR FELLMANN, I., CARRASCO GALÁN, M.J., MARTÍNEZ DÍAZ, M.P., GARCÍA-MINA FREIRE, A. "Familias reconstituidas: un estudio sobre las nuevas estructuras familiares", *Clínica y Salud,* vol. 14, nº 3, 2003, pp. 307-310 y 327-328. Estos autores señalan que, para la incorporación del cónyuge del progenitor en la nueva familia, es imprescindible reorganizar los roles familiares, lo cual genera una situación de inquietud entre sus miembros, dada "la falta de roles sociales y legales prescritos" para el cónyuge del progenitor o por las diferencias que pueden generarse entre los miembros de la familia en cuanto al desempeño de funciones, o por las dudas acerca de qué funciones debería o querría ejercitar aquél. También influye la relación actual entre los ex cónyuges. Entre las conclusiones del estudio, se observa que se suele dar un mayor porcentaje de madrastras en las familias reconstituidas "simples" y uno mayor de padrastros en las "complejas", es decir, que es más probable que las madrastras de las familias reconstituidas no tengan hijos propios antes de la reconstitución familiar, mientras que los padrastros sí, circunstancia a la que achacan, probablemente, el hecho de que las madrastras tiendan a tener hijos comunes, tras la reconstrucción familiar, en mayor proporción que los padrastros.

[495] THÉRY, I. "La référence à l'intèret de l'enfant: usage judiciaire et ambigüite", en O. BOURGUIGNON, J.L. RALLU, I. THÉRY, *Du divors et des enfants,* Paris, PUF, 1985, pp. 93-96; LE GALL, D., MARTIN, C. "Transitions familiales, logiques de recomposition et modes de régulation conjugale", en MEULDERS-KLEIN, M.T., THÉRY, I. (Dirs.), *Les recompositions*

sustitución, duplicación o evitación tanto de funciones como de la situación de parentesco[496]. En este sentido, se ha puesto de relieve que en el contexto de estas familias es necesario distinguir entre parentesco -estatus jurídico- y parentalidad -ejercicio de las funciones de crianza, cuidado y educación propias (tradicional y legalmente) de los progenitores-[497].

La sustitución de las funciones significa que el cónyuge del progenitor se responsabiliza de unas funciones que el progenitor no custodio no realiza (porque nunca lo hizo o porque dejó de hacerlo tras el divorcio o la separación)[498]. La sustitución en el caso del parentesco supone ver como "padre" o "madre" al cónyuge del progenitor, a la vez que se niega tal condición al progenitor no custodio[499].

---

familiales aujourd'hui, Nathan, Paris, 1993, pp. 144-150. Sobre estas dos lógicas (perennidad/sustitución) de reconstitución familiar, se ha afirmado que son categorías demasiado cerradas, por lo que ni de lejos abarcan el total de "estrategias de emparentamiento" que se dan en las familias reconstituidas. Así, JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas", *Anthropoligica*, nº 26, 2008, p. 66.

[496] Así, en el estudio llevado acabo en JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", en AA.VV., Dir. A. RIVAS RIVAS, *La protección social… op. cit.*, p. 80 y 82-85. La exposición de estas estrategias también en JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco…, *op. cit.*, pp. 68-69 y en JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas", *Papers*, nº 90, 2008, pp. 216-217.

[497] En este sentido, RIVAS RIVAS, A.M. ''El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas'', *op. cit.*, p. 39. Los diferentes roles de padre o madre pueden distribuirse entre varias personas -pluriparentalidad-. Lo que ocurre es que el ejercicio de estas funciones en las familias reconstituidas es distinto de unas a otras dependiendo de las variables que se den en cada una.

[498] JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", *op. cit.*, p. 91. Nombran entre sus submodalidades: 1) la "sustitución de las funciones parentales /+ sustitución de posición de parentesco"; 2) la "sustitución de funciones parentales /+ pluriparentesco"; 3) la "sustitución de funciones parentales /+ pluriparentesco jerarquizado o cuasipluriparentesco" -pp. 82-83-. También en JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco…, *op. cit.*, pp. 68-69 y JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad…, *op. cit.*, pp. 216-217.

[499] Entre los recursos jurídicos a veces disponibles para el padrastro está la adopción del hijo no común. Como ha sido puesto de manifiesto por un sector de la antropología francesa del parentesco, de este modo se suprime la parentalidad múltiple y se hace coincidir la filiación jurídica con la realidad; al vislumbrarse las situaciones de parentalidad múltiple, normalmente, como inquietantes e inseguras, las respuestas que suelen darse, como la anterior, tienden a "la sustitución para ajustarse al modelo de exclusividad". Así, FINE, A. "Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales", *op. cit.*, p. 11.

La duplicación de las funciones implica que tanto el cónyuge del progenitor como el progenitor no custodio ejercen funciones de "padre" o "madre" -por tanto, no necesario que se dé una custodia compartida-, mientras que la duplicación de la posición de parentesco significa asumir como "padre" o "madre" tanto a uno como al otro[500].

Por último, la evitación entraña el ejercicio de las responsabilidades materna y paterna e impide el mismo por el cónyuge del progenitor. La estrategia de la evitación en la posición de parentesco conlleva que éste último no sea visto como "padre" o "madre". En este caso suele darse una duplicidad de hogares, pero no de roles[501].

Pero no existe un modelo único. Puede darse una sustitución de funciones sin sustitución de la posición de parentesco y viceversa. Hay quienes ven a la pareja de su progenitor "como un padre adoptivo/madre adoptiva"; otros "casi como un padre". Apuntan los autores la dificultad de comprender la doble paternidad: es tan difícil concebir la existencia de dos padres o dos madres[502], como imaginarse padre o madre de hijos comunes y no comunes sin que se den diferencias. Uno de los problemas de la duplicidad de "funciones parentales" suele ser la falta de armonización del conjunto de estas funciones. En estos casos, el cónyuge del progenitor no suele tener autoridad, pero sí ejerce funciones de cuidado, de ayuda escolar, en actividades de ocio y hábitos sobre el menor. El hecho de no tener un sistema de reglas único puede afectarle. Además, en el caso de emplear tácticas de duplicación, resulta normal la asunción de funciones paternales por el cónyuge o

[500] Son submodalidades de duplicación: 1) la "duplicación de funciones parentales / + pluriparentesco jerarquizado o cuasipluriparentesco" y 2) la "duplicación de funciones parentales / + negación de una posición de parentesco al padrastro/madrastra". JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", *op. cit.,* pp. 83-84. Asimismo, en JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco…, *op. cit.*, p. 69 y JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad…, *op. cit.*, p. 217.

[501] JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", *op. cit.,* pp. 139-140 y 142. Con la evitación se produce una clara distinción entre relación paternal o maternal y la relación conyugal, en el sentido de que es una estrategia a través de la cual se pretende evitar que el nuevo cónyuge o pareja ejerza las funciones parentales, de modo que se refuerza la posición de paternidad o maternidad de los progenitores al tiempo que se le niega al primero. En este sentido, también en JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco…, *op. cit.*, p. 69 y JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad…, *op. cit*., p. 217.

[502] En este contexto, con "dos padres" o "dos madres" se hace referencia a dos personas en el mismo rol, no a los casos de familias formadas por parejas del mismo sexo.

pareja del progenitor, puesto que suele ir aparejado a la también asunción de los gastos del hijo no común. En conclusión, los autores señalan que se trata de una figura cuyo "estatuto" no está nada definido, pero, incluso si se dan estrategias de evitación, no se trataría simplemente de un extraño, sino de una persona que contribuye en algo en su vida[503].

Un sector doctrinal de la sociología estadounidense ha analizado los factores que pueden influir en la percepción que los hijos adultos tienen del cónyuge o pareja estable de su progenitor[504]. Entre los factores que se indican están la influencia de las acciones o decisiones de otros miembros de la familia -fundamentalmente, el progenitor- a la hora de desarrollar o conservar la relación con el *stepparent*, la edad del menor cuando aquél entra en su vida, la generación a la que pertenece el menor, el hecho de haber convivido, las propias elecciones del hijo y el trato sostenido u ocasiones para fomentar el vínculo que han tenido (circunstancia a la que pueden contribuir, por ejemplo, el estado civil previo del progenitor -viudo o divorciado-, el actual -casado o pareja estable del s*tepparent*- o la convivencia). También puede influir el sexo del s*tepparent*. Los hombres suelen tener menores reservas para residir con hijos no comunes y las mujeres suelen tener un papel más mediador entre su cónyuge o pareja y los hijos de éste.

Desde el punto de vista de la demografía, el proceso de reconstrucción familiar entraña "una reconfiguración de los roles maternos y paternos, el establecimiento de nuevas relaciones de filiación, la ampliación de las redes de parentesco y una mayor complejidad de las relaciones familiares". Se señala que, mientras en los casos de adopción y matrimonios sucesivos de viudos y viudas con hijos se produce un reemplazo, en los supuestos de nuevo matrimonio o unión de hecho de separados o divorciados con hijos tiene lugar una simultaneidad de la paternidad y/o maternidad biológica y social[505].

En fin, se ha sostenido que existe una conexión entre las formas a través de las que se construye o deconstruye el parentesco o posición del progenitor no custodio y las formas a través de las que lo hace el parentesco o posición del cónyuge

[503] JOCILES RUBIO, M.J., VILLAMIL PÉREZ, F. "Construcción de la paternidad/maternidad", *op. cit.,* pp. 109, 113-114, 120-123, 126, 142 y 153.

[504] Así, SCHMEECKLE, M. et al., "What Makes Someone Family? Adult Children's Perceptions of Current and Former Stepparents", *op. cit.*, pp. 596-599.

[505] CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M. "La transformación de las familias…, *op. cit.*, p. 25.

o pareja del progenitor que convive con el menor, así como entre los procesos de construcción y deconstrucción de la paternidad o la maternidad y las actuaciones de otros miembros de la familia[506].

Se ha señalado que no se trata tanto de tener una, dos o más figuras en el rol de padre o madre como de la "calidad" de la relación entre estos y el menor -apego e implicación en la vida del menor-[507].

Un sector de la doctrina jurídica italiana ha analizado los tres modelos que tienen lugar en los distintos ordenamientos jurídicos: modelo "*volontaristico*" o "*di esclusione*", modelo "*sostitutivo*" y modelo "*inclusivo*"[508]. El modelo voluntarista o de exclusión es aquél que, con exclusión de la figura del progenitor no conviviente, opta por que la regulación de la figura del *terzo genitore* se realice a través de formas voluntarias como la adopción, en lugar de intervenir y regular propiamente la figura. Es el caso de España e Italia, entre otros. A través del modelo sustitutivo se atribuye, legalmente, el ejercicio conjunto de las funciones parentales al progenitor y a su cónyuge, siempre que no exista la figura del otro progenitor. Es el modelo seguido por Países Bajos o Alemania. Finalmente, el modelo inclusivo permite la participación del *terzo genitore* en el ejercicio de las funciones parentales sin prescindir de ninguno de los progenitores. No es necesario que el reconocimiento sea igualitario. El modo de efectuarse puede ser a través de la delegación o un acuerdo entre las partes o tras un proceso judicial que le atribuya el ejercicio de esas funciones. Es el sistema adoptado por Francia y Reino Unido[509].

No obstante, ninguno de los tres modelos indicados es regulado del mismo modo ni con igual intensidad por todos los ordenamientos jurídicos que optan por su acogimiento. Por ejemplo, en el caso de los países que eligen el recurso a la adopción del hijo no común, no en todos ellos esa adopción tiene los mismos efectos jurídicos.

---

[506] Así, JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F. "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco…, *op. cit.,* p. 66.

[507] En este sentido, si bien con especial consideración a las familias monoparentales, MANTOVANI, M. "Le famiglie monoparentali", *op. cit.,* pp. 35-36.

[508] D'ANGELO, A. "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", en AMRAM, D., D'ANGELO, A. (Dirs.) *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea,* Padova, Cedam, 2011, pp. 24 y ss.

[509] Estos tres modelos han sido explicados por CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.,* pp. 11-20.

A grandes rasgos, el modelo voluntarista no resulta satisfactorio puesto que, mediante su adopción, el derecho desconoce la relación *de facto* que hay entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común cuando aquél, por la razón que sea, no ha adoptado al menor, circunstancia no siempre atribuible a su voluntad[510]. Además, se recurre a una institución jurídica ya existente para reconducir al ámbito jurídico una figura de naturaleza especial y distinta a cualquier otra de las reguladas por el ordenamiento jurídico.

En mi opinión, en el derecho español, los principios constitucionales de protección a la familia, de solidaridad y de no discriminación de los hijos con independencia de su origen, conminan al legislador a admitir la realidad de las relaciones personales y/o patrimoniales entre estos sujetos y ofrecer una regulación *ad hoc*.

A tal fin, parecen alternativas más recomendables los modelos sustitutivo e inclusivo. *Grosso modo*, parece que el primero es más drástico[511], mientras que el segundo da una importancia mayor a la autonomía de la voluntad y a la garantía del interés superior del menor mediante el recurso a la intervención judicial.

En cualquier caso, se ha señalado que parece que el modo más común de devenir en *genitore sociale* no es mediante la pérdida de la responsabilidad parental por uno de los progenitores del menor, sino por la inexistencia de esa figura o rol parental en la vida del menor[512]. No obstante, en mi opinión, y en el caso del cónyuge del progenitor en concreto, no va a ser esta la situación más común -si bien es posible que, cuando ocupe el lugar del progenitor, haya llegado a esta situación más por la falta de éste que por haber perdido el mismo sus funciones parentales-. Dado que la principal causa de que se formen núcleos reconstituidos en la actualidad es la crisis matrimonial o de hecho de la primera familia, lo normal será que concurran ambas figuras en la vida del menor -progenitor y cónyuge del progenitor con el que el menor convive-. Por tanto, en todo caso, se estima necesario regular de

[510] Entre otras posibles causas, tal vez la que más peso tenga es que, hoy día, lo normal es que exista otro progenitor del menor distinto del cónyuge del padrastro o madrastra que no quiera renunciar a sus facultades parentales ni, por supuesto, a su estatus de padre o madre. Esta circunstancia ya ha sido puesta de manifiesto por algunos autores, como CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *op. cit.*, p. 101.

[511] Y no es una opción viable si está presente el otro progenitor, lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos.

[512] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 16. La autora sostiene que, de esta forma, se trata de reconstruir el modelo de familia nuclear.

forma autónoma la figura del cónyuge del progenitor, con independencia de que exista una relación entre el hijo y su progenitor.

En este sentido, el cónyuge o pareja del progenitor que convive con los hijos no comunes, con los que tiene un vínculo afectivo, ejercerá un rol de "«ayudante» y colaborador en las tareas cotidianas de educación y asistencia" de aquéllos[513].

En fin, como ha sostenido un autorizado sector de la doctrina italiana, si el derecho busca, realmente, garantizar los derechos de la persona -en concreto, su vida privada y familiar- debe contemplar las relaciones de hecho que tienen lugar en las familias reconstituidas, ya que las mismas influyen en el desarrollo de la personalidad de sus miembros[514].

2. LOS VÍNCULOS

Para clarificar la naturaleza jurídica de la figura del cónyuge del progenitor en el seno de las familias reconstituidas sería de gran ayuda conocer la naturaleza del eventual vínculo entre éste y los hijos no comunes, cuestión que no resulta fácil.

Dos son los vínculos jurídicos que, como mínimo, suelen estar presentes en una familia reconstituida sobre la base del matrimonio, y son: *a*) un vínculo de filiación por naturaleza o adoptiva entre uno de los cónyuges y al menos un hijo no común, y *b*) un vínculo matrimonial -o de hecho, análogo al matrimonial- entre los miembros de la pareja[515]. Cuando estos vínculos jurídicos concurren, sumado al

[513] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", *op. cit.*, p. 195. En este sentido, un sector de la doctrina estadounidense ha sostenido, como principio nuclear de la parentalidad, la crianza. Identifica la parentalidad con la crianza, consistente no sólo en el cuidado del menor -dentro del cual engloba el cuidado psicológico, físico, intelectual y espiritual del menor-, sino también la cooperación con otros cuidadores. Ese cuidado debe, además, estar vinculado al desarrollo del menor, por lo que ha de adaptarse tanto a su edad como a sus necesidades concretas. Así, DOWD, N.E. "Multiple Parents/ Multiple Fathers", *op. cit.*, p. 235.

[514] FERRANDO, G. "Familias recompuestas y padres nuevos", *Derecho & Sociedad: Asociación Civil*, nº 28, 2007, p. 314.

[515] En mi opinión, no creo que deba exigirse el matrimonio entre los miembros de la pareja para considerar a una familia como reconstituida, al igual que no se exige para ser considerada como familia. La única razón por la que se limita el objeto de estudio de la presente tesis doctoral a la figura del cónyuge del progenitor, sin incluir a la pareja estable, es que se considera que este tipo de familias van a necesitar, en algunos casos, de unas soluciones diferentes, específicas por su idiosincrasia y, como ya se expuso en la introducción de esta segunda parte, no se pueden abarcar aquí todos los problemas de todas las relaciones de todo tipo de familias reconstituidas.

factor de la convivencia anteriormente analizado, surge una suerte de relación familiar entre el cónyuge no progenitor y los hijos de su consorte.

También existen otros vínculos dentro de las familias reconstituidas. El vínculo de filiación es el existente entre el cónyuge progenitor y sus hijos, fruto de una relación anterior. Establecida la filiación, este cónyuge ostenta además la patria potestad -relación parentofilial-, cuya titularidad es exclusiva o compartida con el otro progenitor del hijo.

2.1. Especial referencia al parentesco por afinidad

Algunos autores han afirmado que entre los hijos no comunes y el cónyuge del progenitor no existe ningún vínculo jurídico[516], sino sólo una relación fáctica que surge de la mera convivencia o relación de afecto. En este sentido, entre el cónyuge del progenitor -y mucho menos la pareja estable- y el menor no existiría ni una relación de parentesco, ni una relación de filiación -que sólo puede ser por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) o adoptiva-. Siguiendo esta posición, sólo tras el afianzamiento del vínculo afectivo con el hijo no común se delegan al cónyuge o pareja del progenitor las funciones parentales -o algunas-, pero esto únicamente tiene lugar por la mera voluntad del progenitor o progenitores del menor y el mismo tercero[517].

Con menos rotundidad, se ha sostenido que, en el ordenamiento jurídico español, entre el menor y el cónyuge de su progenitor con el que convive, existe algo aproximado a un vínculo legal, pero que no lo es, al menos según los postulados tradicionales[518], que es la existencia de matrimonio entre el segundo y el progenitor del menor. Sin embargo, todo esto no es del todo cierto. Entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común existe un parentesco por afinidad de primer grado[519].

---

[516] En la doctrina italiana, DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit.,* p. 769; MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*, *op. cit.*, p. 376; CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.,* p. 10; en España, *v.gr.*, la SAP Lleida 374/2016 (Sec. 2ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP L 765/2016, FD 4º.

[517] Así, CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.,* p. 10.

[518] DÍAZ ALABART S., "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit.*, p. 840.

[519] STS (Sala Tercera) (Sec. 2.ª), de 12 de diciembre de 2011, Roj: STS 9166/2011, FD 1.º: "…situándose el parentesco por afinidad en el mismo grado en el que se encuentre el consanguíneo

Otra cosa es la transcendencia jurídica que ello suponga. El parentesco por afinidad que surge entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común por razón del matrimonio entre aquél y el progenitor de éste debe de surtir algún efecto jurídico, aunque no sea el de sustituir al progenitor.

Antes de que la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificara su contenido, el artículo 84 CC incluía los impedimentos matrimoniales, en cuyo ordinal primero, contenía a los descendientes por afinidad legítima o natural. Pero a partir de la reforma citada, la afinidad ya no tiene ese efecto. Sin embargo, todavía pueden contemplarse algunos efectos jurídicos en el Código Civil:

- No puede adoptarse a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad (cfr. art. 175.3.2.º CC).

- No es necesaria propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes para la constitución de la adopción si el adoptando es huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguidad o afinidad (cfr. art. 176.2.II.1.ª CC).

- No podrán ser testigos en testamento "El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante…" (cfr. art. 681.Quinto CC); no podrán ser testigos en testamento abierto a "los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad", salvo que el legado sea un bien mueble o una cantidad irrisoria en proporción al caudal hereditario (cfr. art. 682 CC).

- No podrá hacerse heredero en testamento al Notario autorizante, ni siquiera en parte, ni a su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado, salvo que el legado sea un bien mueble o una cantidad irrisoria en proporción al caudal hereditario. Al mismo tiempo, "Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario. Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y

---

del que se derive la afinidad"; también en este sentido, En este sentido, también CARBONNIER, J. *Droit civil: la famille, les incapacités*, 11ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1979, p. 481. Aunque, como advertía el autor para el derecho francés, la obligación de alimentos queda fuera y, en caso de disolución o extinción del vínculo matrimonial, la afinidad pervive como regla general, por ejemplo, en materia de impedimentos matrimoniales; sin embargo, las obligaciones de alimentos que reconoce el derecho francés, entre algunos afines se extingue.

personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales" (cfr. art. 754 CC).

Fuera del ámbito civil, la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio[520], sobre bienes y derechos exentos a efectos del Impuesto se refiere expresamente a los descendientes "ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción" (cfr. art. 4. Ocho. Dos. b)[521].

Un sector doctrinal ha planteado si el parentesco por afinidad se extiende también a las familias no matrimoniales, esto es, la llamada "afinidad natural"[522]. Algunos autores han ido incluso más lejos, al mostrarse de acuerdo sobre la concesión de los mismos efectos, en alguna sede, a parientes más lejanos o a personas sin parentesco entre sí, pero entre las que se dan unos estrechos lazos afectivos[523].

Pero uno de los extremos más discutidos en la doctrina acerca de la afinidad es si la disolución del vínculo conyugal pone fin al parentesco por afinidad[524]. El

[520] BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991.

[521] Concreta la ley que se trata de "La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurran las condiciones siguientes: (…) b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción".

[522] Es el caso de OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. "El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción", publicado el 17/10/2012, consultado en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion-/ el 26/07/2020.

[523] LORENZO DE MEMBIELA, J.B. "El permiso por nacimiento de hijo, muerte o enfermedad grave de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad: estudio del art. 30.1º.a) de la LMRFP de 1984", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 18, 2001, p. 518. El autor se pronuncia, concretamente, a favor de la concesión del permiso a que se refiere el artículo 30.1º.a) de la LMRFP -Ley de medidas para la reforma de la función pública, de 2 de agosto de 1984-, entre cuyas contingencias se encuentra la muerte del hijo o de familiar hasta el segundo grado de consanguidad o afinidad, a personas sobre las que se demuestre una relación afectiva muy estrecha con el fallecido, aunque sea un pariente más lejano o no sea pariente, y ello porque el autor aprecia "que es la afección emocional causada por el fallecimiento de alguno de estos parientes lo que causa normativamente la existencia de este permiso".

[524] Se ha puesto de relieve que "La afinidad…suscita posturas muy encontradas en relación no sólo con sus limites y efectos, sino incluso acerca de su perdurabilidad". OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. "El parentesco por afinidad… *op. cit.*, consultado en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion-/ el 26/07/2020.

Código Civil enumera, entre las causas de disolución del matrimonio, la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y el divorcio (cfr. art. 85 CC). En efecto, la nulidad matrimonial no disuelve el matrimonio, pues lo que conlleva es la declaración de que el mismo no ha existido nunca[525]. En lo que se refiere al divorcio, aunque hay pocos pronunciamientos en la doctrina, parece lógico pensar que el mismo pone también fin a la relación de parentesco con los parientes del cónyuge[526]. Sin embargo, no se ve tan claro cuando el matrimonio se ha disuelto por la muerte de uno de los cónyuges[527]. A este respecto se debe citar el brocardo latino "*Adfinitas in coniuge superstite non deletur*", que significa que la afinidad no se extingue por el fallecimiento de uno de los cónyuges[528].

---

[525] En este sentido, se ha sostenido que el parentesco por afinidad en este supuesto debe considerarse tan inválido como el matrimonio del que deriva. Así, LUZÓN CUESTA, J.M. "¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005)", *Diario La Ley*, nº 6564, 2006, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMzI0tRArSy1qDgzP882LDM9Na8kFQARiVEcQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

[526] Algunos autores opinan que se debe distinguir, a estos efectos, entre si el matrimonio acaba por fallecimiento o por divorcio, pues, si entre los cónyuges y los parientes del otro deja de haber relación en la mayor parte de los supuestos, no tiene sentido que la sigan teniendo jurídicamente, es decir, que el derecho no reconozca esta nueva situación fáctica. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. "El parentesco por afinidad: ¿concluye por la extinción del matrimonio?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 91, nº 749, 2015, p. 1157. Sin embargo, otros autores consideran que la afinidad no desaparece tampoco tras el divorcio, por interpretar que, si el art. 85 CC ha equiparado las tres causas de disolución matrimonial, no hay motivos para darles un distinto tratamiento. Así, LUZÓN CUESTA, J.M. "¿Extinción del parentesco por afinidad? *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMzI0tRArSy1qDgzP882LDM9Na8kFQARiVEcQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

[527] Un sector de la doctrina, estima que la afinidad no se extingue por la muerte o por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges por tratarse de una "causa independiente por tanto de su voluntad" y opina que esa postura "no goza de apoyatura legal, criterio jurisprudencial, ni doctrinal alguno convincente". Así, HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. "El parentesco por afinidad: ¿concluye por la extinción del matrimonio?, *op. cit.*, pp. 1154-1156; de esta opinión es también ROMERO COLOMA, A.M. "El parentesco por afinidad y su problemática jurídico-práctica", *Revista jurídica del notariado*, nº 97-98, 2016, p. 146. No obstante, esta autora considera que, si el cónyuge viudo se vuelve a casar, el parentesco por afinidad con los parientes del consorte anterior desaparece -p. 150-.

[528] En algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, este brocardo continúa vigente de forma expresa en su Código Civil. Así, el artículo 78, párr. 3.º del *Codice Civile* dispone que la afinidad no cesa por la muerte del cónyuge del que trae causa, excepto para algunos efectos determinados legalmente; la afinidad cesa si el matrimonio es declarado nulo, a salvo algunos efectos-.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema en no muchas ocasiones y, sobre todo, lo ha hecho la Sala de lo Contencioso Administrativo. Ha sido, particularmente, a propósito del ISD que la Sala ha interpretado que el parentesco por afinidad entre dos personas no se extingue por el fallecimiento del pariente consanguíneo común, postura que parece aprobar la mayor parte de la doctrina[529]. Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y lo ha hecho de forma contraria, es decir, que considera que, muerto el consanguíneo, la afinidad desaparece[530]. Sin embargo, no parece haber jurisprudencia sobre esta materia cuando el matrimonio acaba por el divorcio. En cualquier caso, parece necesaria la intervención de la Sala

[529] Un sector de la doctrina ha comentado la STS (Sala Tercera) 1777/2016, de 14 de julio de 2016, citada, que se refiere a la relación de afinidad entre tío y sobrino a propósito del ISD. La doctrina de la Sala Tercera implica que el vínculo no se extingue por la muerte. El autor interpreta esta doctrina de modo que, si se aplica al sobrino, también al resto de afines. No obstante, considera que cuando el matrimonio se ha extinguido por otra causa distinta de la muerte, la solución debe ser distinta, lo cual es lógico si se considera que el cónyuge supérstite puede volver a casarse. En este sentido, PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. "Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: duración del parentesco por afinidad", *Carta tributaria. Revista de opinión*, nº 29-30, 2017, consultado en http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC2OzU7DQAyEn6Z7iYQS0sLJB_pzQCCE0qji6uy6iUXIBtsJzduzLVgaySN99sz3RLLUdDEIk6Dn1ZTn53LIAvXZiEKDkfqYjVEyPPPAAYMzbBTK1aNfJ20cepuw30cPxXXnmWpsoHQWDfuKFIrSRQkk2wVyp138ecOZWzSOwxYFapnIcQhw-MjTFPebdfngZhJNAJy4vZZwHbfda5L98ajKuot9ylFC8d07tgQVzayGd6jjxX2hGQnsUGrh5t--0ALV4fR8rJ9cP3ym1sfb-e3rL6Zi__INAQAAWKE# el 26/07/2020. Posteriormente, las SSTS (Sala Tercera) 511/2017 (Sec. 2.ª), de 24 de marzo de 2017, Roj: STS 1086/2017, y 1430/2017 (Sec. 2.ª), de 25 de septiembre de 2017, Roj: STS 3405/2017, se han vuelto a referir a la relación de afinidad tío-sobrino para el ISD, y la STS 6 abril 2017 lo ha hecho igual -para el grupo III- en relación a los hijos de la cónyuge premuerta, de modo que el parentesco por afinidad no se extingue por el fallecimiento del pariente común o consanguíneo. Algunos autores se muestran a favor de esta doctrina y de extender la inclusión en el grupo III de los hijos del cónyuge. Sin embargo, si el matrimonio no finaliza por muerte, la cuestión es bastante controvertida y no tienen claro que deba dársele la misma solución. Consideran que es una cuestión que debe ser dilucidada por los tribunales. Así, TEIXIDOR MARTÍNEZ, N. "En el impuesto sobre sucesiones, el parentesco por afinidad subsiste al fallecimiento del pariente consanguíneo (Análisis de la STS de 25 de septiembre de 2017, rec. núm. 3018/2016), *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº 420, 2018, pp. 153-154. No obstante, se debe recordar, que la citada STS (Sala Tercera), de 18 de marzo de 2003 y las referidas conjuntamente, resolvieron la consideración del hijo del cónyuge como "descendiente por afinidad" a efectos del ISD, aunque a otros efectos del ordenamiento jurídico no se observara este parentesco.

[530] STS (Sala Segunda) 1056/2005 (Sec. 1.ª), de 27 de septiembre de 2005, Roj: STS 5597/2005, FD 1.º. En contra de esta sentencia se muestra un sector doctrinal, habida cuenta el extinto artículo 84 CC -sobre impedimentos matrimoniales, entre los que se incluía a los afines- y que los impedimentos matrimoniales entre afines continúan vigentes en derecho canónico. LUZÓN CUESTA, J.M. "¿Extinción del parentesco por afinidad? *op. cit.,* consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMzI0tRArSy1qDgzP882LDM9Na8kFQARiVEcQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

de lo Civil del Tribunal Supremo[531], o mejor, la intervención del legislador civil para dar una respuesta uniforme para todo el sistema[532], y por ser la afinidad un concepto propio del derecho de familia[533], que el resto de ramas del derecho sólo toman para establecer ciertos efectos jurídicos propios de su rama.

La consideración sobre si la muerte o el divorcio extinguen o no el vínculo de afinidad deviene de gran importancia, actualmente, sobre todo en los ámbitos social, fiscal, de extranjería o para el cobro de indemnizaciones en materia de responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación[534]. Pero en el ámbito del

---

[531] A este respecto se ha pronunciado, con el fin de que esta Sala unifique doctrina general, ya que se trata de una cuestión de derecho privado, PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. "Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: duración del parentesco por afinidad", *op. cit.* Consultado en http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC2OzU7DQAyEn6Z7iYQS0sLJB_pzQCCE0qji6uy6iUXIBtsJzduzLVgaySN99sz3RLLUdDEIk6Dn1ZTn53LIAvXZiEKDkfqYjVEyPPPAAYMzbBTK1aNfJ20cepuw30cPxXXnmWpsoHQWDfuKFIrSRQkk2wVyp138ecOZWzSOwxYFapnIcQhw-MjTFPebdfngZhJNAJy4vZZwHbfda5L98ajKuot9ylFC8d07tgQVzayGd6jjxX2hGQnsUGrh5t--0ALV4fR8rJ9cP3ym1sfb-e3rL6Zi__INAQAAWKE# el 26/07/2020.

[532] Sobre la adecuada regulación de la afinidad en el Código Civil se ha mostrado a favor MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. "El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil, *Diario La Ley*, nº 8390, 2014, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjQxNzAQq0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUA82NSSUMAAAA=WKE el 26/07/2020. Esta autora ha destacado, entre sus beneficios, que la regulación constituiría un "marco común de referencia" que, con lógica, debería ser tenida en cuenta en la elaboración de otras normas fuera del ámbito civil y, con ello, se sortearían las doctrinas discordantes a todos los niveles administrativos y judiciales. Otro sector de la doctrina defiende que carecería de fundamento, en el mismo ordenamiento jurídico, la extinción de la afinidad a unos efectos y su continuación para otros. LUZÓN CUESTA, J.M. "¿Extinción del parentesco por afinidad? *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMzI0tRArSy1qDgzP882LDM9Na8kFQARiVEcQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

[533] En este sentido, se ha sostenido que el justo lugar donde ubicar la regulación de la afinidad es el Código Civil, tal y como han hecho otros ordenamientos jurídicos extranjeros, por ser una "cuestión que afecta al status familiar de la persona física", y debe ser común a todos los españoles. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. "El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil, *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjQxNzAQq0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUA82NSSUMAAAA=WKE el 26/07/2020. No obstante, esto no es raro ni exclusivo del derecho español, ya que se ha denunciado, en general, el silencio casi total en los países del entorno sobre los efectos jurídicos de la afinidad. MEULDERS-KLEIN, M.T "Les dilemmes du droit face aux recompositions familiales", en MEULDERS-KLEIN, M.T., THERY, J. *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 203.

[534] Así, la Sala Primera del TS se ha pronunciado a favor de considerar incluidos entre los perjudicados por el fallecimiento de una persona a efectos de la LRCSCVM a aquellos que se hallen

derecho de familia, parece que debe concluirse que el parentesco por afinidad, incluso para las familias de base matrimonial a las que sirve, resulta ser una forma inapropiada e inservible para ofrecer soluciones a los problemas que se generan en el seno de las familias reconstituidas[535].

2.2. El parentesco basado en la voluntad

Hasta no hace mucho, el parentesco se asociaba indiscutiblemente con la biología. Hoy día, algunos autores hacen notar y respaldan la actual "naturaleza social del parentesco", puesto que el parentesco biológico no encaja bien con todos los modelos familiares que tienen lugar en la sociedad española, basados más bien en la voluntad[536]. En derecho español ya tenemos ejemplos legales: dos de ellos largo tiempo conocidos, los parentescos que surgen con la adopción -filiación adoptiva- y con el reconocimiento de complacencia, y otro de nueva creación, el que tiene lugar, en algunos supuestos, cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida -estos dos últimos casos conllevan la determinación de una filiación por naturaleza[537], sea matrimonial o no matrimonial-.

Se aprecia cómo la voluntad siempre ha estado presente -aunque en menor grado- en la filiación, lo cual es una consecuencia de que engendrar sea una cuestión natural y no se identifique con la filiación y el parentesco, que son instituciones

---

en una "situación funcional idéntica" a la de ciertos parientes contemplados en la Tabla aplicable a estos efectos, "siempre que se trate de perjudicados que hayan mantenido con el fallecido una relación de afectividad equiparable o análoga a la que se presume por su concreto parentesco en cualquier de los beneficiarios legales" (STS 200/2012 (Sec. 1.ª), de 26 de marzo de 2012, Roj: STS 2195/2012, FD 3.º) y, para un caso concreto en el que los perjudicados eran los hijos del cónyuge del fallecido, por haber quedado demostrado que éstos y el fallecido convivieron durante años (STS 701/2015 (Sec. 1.ª), de 22 de diciembre de 2015, Roj: STS 5571/2015, FD 4.º).

[535] En este sentido, BUZZELLI, D. *La famiglia "composita"*, Jovene, Napoli, 2012, p. 132.

[536] En la doctrina española, TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, pp. 138-141.

[537] Como es de sobra conocido, la filiación determina los apellidos (art. 109 CC), los alimentos (art. 110 CC), la patria potestad (en sentido negativo, art. 111 CC), el parentesco y los derechos sucesorios. Se ha advertido sobre la dificultad de ajustar el modelo de parentalidad ligado a las técnicas de reproducción asistida a la actual configuración de la filiación en el Código Civil, cimentada sobre la verdad biológica, ya que aquélla se reconoce jurídica y socialmente, pero no es la que pertenece por naturaleza. En este sentido, TAMAYO HAYA, S. "Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación", en TAMAYO HAYA, S. *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Granada, Comares, 2015, p. 64.

jurídicas. La diferencia, hoy día, radica en la importancia que está tomando la voluntad en materia de filiación, pues se ha pasado de una filiación interesada en la verdad biológica a una filiación basada en la voluntad[538], que el derecho reconoce, aunque no se corresponda con aquélla[539]. No obstante, ello no obsta que se deba garantizar siempre el derecho del hijo a conocer sus orígenes[540].

[538] Hace mas de tres décadas, cierto sector de la doctrina ya apuntaba, a propósito de la inseminación artificial heteróloga, que el principio de verdad biológica comenzaba a ser controvertido. Percibía cómo estaba teniendo lugar el recibimiento de un principio voluntarista -de querer al "hijo" como propio- que se asemejaba al principio de la autonomía de la voluntad contractual, así como la similitud entre los efectos jurídicos de esta voluntad y la que media en la adopción. Pero, aunque parecidos, ha subrayado la importancia de regularlos de forma autónoma: el consentimiento de la adopción, el reconocimiento de la paternidad por naturaleza y la declaración de admisión de la paternidad en el caso de las TRHA -de la que ha aclarado, no se trata de un verdadero reconocimiento por faltar su presupuesto esencial: que tenga lugar sobre el hijo propio-. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 14, 1986, pp. 54 y 56-57.

[539] *Vid*. TAMAYO HAYA, S. "De la paternidad biológica a la paternidad social", *op. cit*., p. 2565; ID. "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, p. 263. Matiza la autora que el derecho sigue desempeñando una labor fundamental, sólo que distinta: debe dar valor a la voluntad, de modo que pueda ser la base para constituir un vínculo jurídico y rendir los efectos del parentesco y dar estabilidad y seguridad a las relaciones familiares (p. 265; *vid*. también TAMAYO HAYA, S. "Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación", en TAMAYO HAYA, S. *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Granada, Comares, 2015, p. 60), estabilidad del propio menor, pues es su interés superior el que debe determinar cómo juegan la verdad biológica y la realidad vivida, y si ésta última debe vencer a aquélla (p. 314). No obstante, no quiere decir que ese reconocimiento lleve a la determinación de la filiación por parte del cónyuge del progenitor; en este caso, se vislumbra una especie de separación entre filiación y responsabilidad parental, circunstancia que permitiría la autonomía total o parcial de la última para permitir la delegación de su ejercicio en el cónyuge o pareja del progenitor (p. 299). En esta línea, se ha apoyado la idea de asegurar la posición jurídica del cónyuge del progenitor con el fin de regular la convivencia con los hijos no comunes, sin necesidad de establecer un "vínculo permanente" como lo es la filiación, que deslinde los supuestos en que aquél desea -si puede- asumir sin límites el papel de padre o madre -véase la adopción del hijo del cónyuge- y aquellos otros en que lo único que se busca es regular la convivencia para hacerla posible mientras perdure. Así, FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "Reconocimientos de complacencia: verdad biológica y actos propios en la determinación de la filiación", en TAMAYO HAYA, S. *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Granada, Comares, 2015, pp. 10-11. También este autor defiende que la actual regulación de la filiación debe regirse por la voluntad (p. 13).

[540] A propósito de este derecho, se ha recordado que con esta medida no se trata de hacer primar la sangre sobre la voluntad, ni causar un desequilibrio al adoptado o concebido mediante TRHA, sino de garantizar su derecho a construir su identidad, tanto por la estabilidad de su filiación, como a través del conocimiento de sus orígenes. En este sentido, FINE, A. "Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales", *op. cit.*, pp. 13-14.

En la jurisprudencia del TS se pueden apreciar múltiples ejemplos sobre el carácter no absoluto del principio de verdad biológica y sobre su funcionalidad[541], pues existe sólo por cuanto protege los derechos de los hijos, si bien en los últimos años se ha vuelto a dar prioridad a la verdad biológica frente a la social, a excepción del caso de las técnicas de reproducción asistida[542].

Por tanto, se entiende que entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común puede surgir en muchos casos tanto un parentesco de primer grado por afinidad como una suerte de parentesco social, si bien, entre ellos, sólo el primero constituye un verdadero vínculo jurídico, con los limitados efectos jurídicos expuestos *ut supra*. Al no satisfacer el surgimiento de este tipo de parentesco sin más -o tal y como está configurado-, por no dar respuesta jurídica a todas las situaciones familiares que pueden tener lugar dentro de un núcleo reconstituido, se plantea aquí si alguna de las fórmulas conocidas sobre parentesco social legal es válida para estas familias.

---

[541] En este sentido, también podemos encontrar ejemplos en la doctrina civilista. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, p. 442 y 451; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana", *op. cit.*, p. 58, con cita a RIVERO HERNÁNDEZ, F. "La filiación", en LACRUZ BERDEJO, J.L. (Dir.), *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, Civitas, 1982, p. 34. En opinión de esta autora, no resultaría inconstitucional la limitación del alcance de las acciones de filiación en ciertos supuestos como el del recurso a las TRHA, ya que aprecia con claridad cómo el artículo 39.2 CE no constituye un imperativo para el legislador en todo caso, que debe hacer posible la investigación de la paternidad cuando ésta quepa, pero no está obligado a acceder siempre a ella, circunstancia que viene demostrada por el establecimiento de la necesidad de un principio de prueba junto con la demanda.

Es jurisprudencia constitucional que destaca la importancia de la libre investigación de la paternidad, mas recuerda su concurrencia en la materia con el principio del interés superior del menor, que es prevalente, la contenida en las SSTC 138/2005 (Pleno), de 26 de mayo de 2005, ECLI:ES:TC:2005:138 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2005), y 273/2005 (Pleno), de 27 de octubre de 2005, ECLI:ES:TC:2005:273 (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005). Así, el Tribunal recuerda que en la exposición de motivos del proyecto de Ley de reforma del Código Civil que dio, posteriormente, lugar a la Ley 11/1981, se justificaba la búsqueda de la verdad biológica en "que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos", pero no identificaba esta circunstancia, necesariamente, con el interés del menor en todo caso, ya que al mismo tiempo pretendía evitar que cualquiera, en cualquier momento, pudiera valerse de aquel principio y acceder a los tribunales, estableciendo un límite para ello: que el interés del menor exigiera mantener la "estabilidad de las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco" (STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, FJ 7.º).

Son sentencias del Tribunal Supremo que siguen esta doctrina la STS 707/2014 (Sec. 1.ª), de 3 de diciembre de 2014, Roj: STS 5107/2014, FD 3.º, ap. 5, y la STS 441/2016 (Sec. 991.ª), de 30 de junio de 2016, Roj: STS 2995/2016, FD 3.º, ap. 1.

[542] Se ha defendido la conveniencia de hacer prevaler la verdad social en los casos de familias reconstituidas donde no se conozca la filiación biológica del menor, por considerarse beneficioso para éste. En otras palabras, se trata de hacer ceder la verdad biológica en favor del principio de *favor filii*, si ello es necesario. En otros casos lo mejor será que ambos intenten compaginarse. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", op. cit., p. 187, 190-191.

Este aspecto ha sido ya analizado por parte de la doctrina jurídica, que ha coincidido al concluir que ni la adopción, ni el reconocimiento de complacencia ya sea por la vía ordinaria o por el uso de la posibilidad que otorga la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al cónyuge o pareja de la usuaria de las mismas, son el mecanismo apropiado para lograr la efectiva protección de estas familias, sobre todo de los menores en ella presentes[543].

[543] Se pueden resumir los planteamientos más relevantes del siguiente modo: en cuanto a la adopción, se han apuntado, entre las causas de su inidoneidad para dar solución a los problemas dentro de las familias reconstituidas, el inindiscutible derecho, hoy día, del menor de mantener relaciones personales con el progenitor no custodio y la naturaleza asistencial de la misma (TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, pp. 38-39, *vid.* también p. 156). En efecto, en el seno de una familia reconstituida, los menores ya están amparados por, al menos, uno de sus progenitores. Se trata más bien de regular la convivencia entre los miembros de estas familias para hacerla posible. Asimismo, es otro problema vinculado a la adopción la imposibilidad para las parejas de hecho de utilizar esta vía -esto también en FERRANDO, G. "Familias recompuestas y padres nuevos", *op. cit.*, p. 316- -a salvo en las comunidades autónomas que lo han regulado-, lo cual conduce, por ejemplo, a colocar al menor en una situación de desamparo cuando el progenitor ha fallecido y no hay otro, al no reconocer relación o ligamen alguno entre el menor y la pareja de su progenitor (pp. 159-160 y 164).

Por su parte, el reconocimiento de complacencia exige que sólo conste una filiación y que ésta sea compatible con aquél; impide al verdadero progenitor, si existe, determinar la filiación por naturaleza -a salvo la acción de impugnación de la paternidad- y no tiene carácter absoluto, pues su irrevocabilidad no obsta para que quien la hizo la impugne por no corresponderse con la verdad biológica, lo cual, parece lógico, va a suponer un perjuicio para el menor -esto también en FERRANDO, G. "Familias recompuestas y padres nuevos", *op. cit.*, pp. 316-317-; también se puede afirmar que produce efectos indebidos sobre terceras personas, como por ej., en el ámbito sucesorio y de alimentos. *Vid*. RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)", *Anuario de Derecho Civil*, nº LVIII-3, julio 2005, pp. 1056-1059; RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El *status* jurídico del padrastro/ madrastra en el Código Civil de Cataluña", en BLASCO GASCÓ, F. (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, *op. cit.*, p. 2193; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. "Capítulo 6. La filiación", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. (Coords.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2013, pp. 327-329; TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, pp. 171-174; ID. "De la paternidad biológica a la paternidad social", *op. cit*., p. 2582; ID. "El reconocimiento por el derecho de las familias recompuestas", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A. (Coords.), *Derecho y familia en el siglo XXI. El derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido 19-22 de febrero de 2008 / II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, Almería, Universidad de Almería, 2011, p. 167; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", op. cit., p. 194. En el caso de Cataluña, se debe recordar que el reconocimiento efectuado a sabiendas de su falsedad es nulo y la acción de nulidad es imprescriptible. Finalmente, a través del recurso a las técnicas de reproducción asistida es posible la determinación de una filiación no biológica: según las reglas de determinación de la filiación del Código Civil, se trataría de una filiación por naturaleza. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que las categorías tradicionales de la filiación se ven forzadas en virtud de la LTRHA (ANDREU MARTÍNEZ, M.B., "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2018, p. 6). Así, se ha sostenido que no se trata de una tercera categoría dentro de ésta, sino que, en función de la existencia o no de vínculo matrimonial entre los progenitores, se catalogaría dentro de la filiación matrimonial o no matrimonial, y que la filiación sigue diferenciándose entre por naturaleza y adoptiva en atención a

Dada esa circunstancia, y en conclusión en relación a este tipo de parentesco, algunos autores han sostenido que el reconocimiento de la figura del tercero requeriría dejar atrás los antiguos moldes y establecer otras formas de acceder al estatus legal de padre o madre[544]. En mi opinión, la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común no encaja bien en los moldes de ninguna institución conocida, y por consiguiente tampoco parece adecuado (ni necesario) idear otras formas de acceder al estatus legal de madre o padre.

---

su distinto origen -en la primera es la generación y en la segunda, un acto jurídico- y principio -respectivamente, verdad biológica y protección del menor- [GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Les últimes modificacions del dret Civil catalá: la filiació", *Studia Iuridica*, nº 3 (S), 1993, pp. 309-310] -en la que se prescinde de la verdad biológica y se da prioridad al consentimiento (GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Filiación", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, pp. 48 y 55-56; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. "Capítulo 6. La filiación", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. (Coords.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2013, pp. 310-311; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 19-20; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La filiació (I)", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 36). Esta situación se da, en primer lugar, respecto de la mujer receptora cuando el óvulo u óvulos utilizados no son material genético propio, sino donado. El hecho que determina la filiación materna por naturaleza es el parto, en todo caso -y un sector de la doctrina ha desaconsejado que este concepto deba cambiarse por motivos de seguridad jurídica, de la que deben establecerse unos mínimos, sin perjuicio de la posibilidad de superponer, posteriormente, otra maternidad jurídica mediante el establecimiento de métodos jurídicos adecuados -así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana", *op. cit.*, p. 48-, de ahí que sea nulo el contrato de gestación por sustitución (art. 10 LTRHA). No obstante, es posible la determinación de una segunda filiación materna, asimismo no biológica, pero sólo se contempla para la cónyuge de la gestante -nunca pareja de hecho-, si aquélla presta su consentimiento para tal determinación (art. 7.3 LTRHA), si bien surge la duda sobre la eficacia/ineficacia de la oposición de la madre gestante a la asunción de la maternidad por su esposa en caso de disputa (sobre esto último, ANDREU MARTÍNEZ, M.B., "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA… *op. cit.*, p. 12). Para acabar, la otra filiación no biológica que puede determinarse en estos casos es la que corresponde al varón casado o pareja de hecho de la usuaria de las técnicas. En ambos casos deben prestar el consentimiento a la fecundación (arts. 6.3, 8.1 y 9.2 LTRHA para el marido; arts. 8.2 y 9.3 para el varón pareja estable). En resumen, el uso de la posibilidad de consentir la determinación de la filiación por parte del cónyuge de la receptora de las técnicas o por el varón pareja de hecho de la misma, no es un método adecuado para el establecimiento de un vínculo jurídico entre los miembros de las familias reconstituidas, ya que, no es posible para todos los modelos de reconstitución familiar -en la mayoría ya están determinadas ambas filiaciones-, está sometida a plazos cortos, establece una filiación por naturaleza ficticia y sólo puede realizarla el cónyuge -hombre o mujer- de una mujer o su pareja de hecho si es varón.

[544] En este sentido, JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, p. 319. La autora teoriza sobre la posibilidad de abandonar el "paradigma de los dos padres" y descomponer la filiación de modo que pueda determinarse con respecto a más sujetos con responsabilidad parental, siempre que se ajuste al interés del menor y no cause demasiada injerencia en la unidad de la primera familia (p. 325). También ha sostenido la necesidad de abandonar el principio de que un menor sólo puede tener dos progenitores para poder avanzar en esta área BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 151.

Además, ha de existir un vínculo afectivo entre ese progenitor y su cónyuge, con quien el hijo no común convive. Ahora bien, debe señalarse que el hecho de que el vínculo que une a la pareja sea o no de naturaleza conyugal es una opción legislativa. Es posible, del mismo modo, regular las relaciones familiares o, si se prefiere, cuasi familiares, entre los hijos no comunes y la pareja estable de su progenitor, ya que entre los miembros de la pareja existe un vínculo afectivo similar a la *affectio maritalis*. Es decir, hay una voluntad de ambos de tratarse como marido y mujer, a pesar de no serlo formalmente[545]. Además, se debe recordar que al ampliar los supuestos de familias reconstituidas lo que se pretende es dar protección a todos los hijos de la familia con independencia de su origen.

Lo que debe quedar claro es que sólo con la convivencia no basta, se necesitan también esos vínculos familiares, pues, de otro modo, en nada difiere esta relación de la que puede surgir entre los hijos y otros parientes o terceros convivientes.

Es posible también, en el seno de estas familias, la existencia de otros vínculos de filiación y, consiguientemente, de relaciones parentofiliales entre los consortes y sus eventuales hijos comunes.

Tampoco se debe olvidar que, en el seno de una familia reconstituida es muy posible la coexistencia de vínculos fraternales: de un lado, biológicos y legales entre los hermanos de doble vínculo y los hermanos de vínculo sencillo; de otro, los vínculos familiares de hecho que pueden surgir de la convivencia entre los hijos propios de cada cónyuge. Sin embargo, estos vínculos no resultan equiparables.

En este sentido, algún tribunal ha señalado que, si bien a efectos del nuevo CCCat. se considera "miembros de la familia" a los hijos no comunes, en caso de disolución del núcleo reconstituido no les es aplicable el artículo 233-11.2 CCCat. que exige que no se separe a los hermanos excepto cuando concurra justa causa. Legalmente, no son hermanos y parece desproporcionado privar al progenitor de la

[545] A este respecto, se ha sostenido que para delimitar los modelos de familias reconstituidas cuyas relaciones deben ser objeto de regulación, se ha de observar el vínculo entre el hijo no común el cónyuge de su progenitor, y no el vínculo que une a éste con el progenitor del menor. Así, GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, p. 13. La autora propone como criterio básico el de la convivencia de ambos durante un tiempo mínimo que garantice una estabilidad; pero también sugiere valorar otros factores como la dependencia económica o, al menos, la contribución del cónyuge o pareja del progenitor a los gastos ocasionados por el hijo no común, la voluntad del primero de responsabilizarse del segundo, o el hecho de haber sustituido el primero al progenitor en las funciones parentales.

guarda y custodia del menor sólo por no separar a los hermanos "de hecho", por mucho afecto que se guarden[546].

Cada vez son más numerosos los autores que sostienen la importancia de deliberar sobre nuevos mecanismos de protección y apoyo a los nuevos escenarios familiares con el fin de que el derecho de familia no desatienda los vínculos afectivos, sociales y de solidaridad[547]. En el campo de la antropología, se ha señalado que las causas de la separación o el divorcio y los acuerdos y posturas que se tomen tras el mismo -como el cumplimiento o incumplimiento de lo acordado-, son elementos que influyen en las "estrategias relacionales" de la pareja y, con ello, en las de los hijos con las nuevas parejas de sus progenitores, con sus hermanos y con el padre o madre no custodio[548].

También se ha sostenido, desde el ámbito de los poderes públicos, que el trabajo que el menor realiza, psíquicamente, de remodelar los vínculos iniciales con sus progenitores y luego con otras personas, va a contribuir en su capacidad de construcción de nuevos vínculos[549].

De todo lo anterior se extrae una importante reflexión: a pesar de que la recomposición familiar pueda parecer un fenómeno de ruptura con respecto al tradicional modelo de familia nuclear, no es sino un proceso por el que sus miembros buscan volver a la "normalidad", para lo cual se valen, cómo no, de los esquemas

[546] SAP Lleida 228/2012 (Sec. 2.ª), de 31 de mayo de 2012, Roj: SAP L 440/2012, FD 2º.

[547] En la doctrina italiana, CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 4. En la doctrina española, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, *op. cit.*, pp. 460-461. Esta autora ha referido que, entre los principios que deben informar la regulación de la familia, además de la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas pertinentes para la efectiva protección de las familias, se encuentra los principios de solidaridad y responsabilidad.

[548] MONCÓ REBOLLO, B. "Códigos de interpretación de los acuerdos… *op. cit.*, p. 7.

[549] VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", Rapport annuel pour 2006 de la defenseure des enfants, Doc. Fr., 2006, p. 14, consultado en https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000826.pdf el 26/07/2020. Se trata de un informe que realiza Dominique VERSINI en calidad de Defensora del menor en Francia, en el mismo año en que ocupa ese cargo, del que cesa en 2011.

tradicionales[550]. Tal vez sea ésta la razón por la cual estas familias tienen la necesidad de un hogar familiar y unos vínculos entre sus miembros.

[550] En este sentido, ÁVILA CANTOS, D., AYALA RUBIO, A., DÍAZ RODRÍGUEZ, P. "Reflexibidad del parentesco…, *op. cit.*, pp. 203 y 205, que lo extraen de la teoría sociológica del prestigioso sociólogo inglés ANTHONY GIDDENS en GIDDENS, A. *The constitution of Society*, Cambridge, Polity Press, 1984.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL CÓNYUGE DEL PROGENITOR Y EL HIJO NO COMÚN EN EL CÓDIGO CIVIL. PROPUESTAS DE CAMBIO

I. MOTIVACIÓN

En los capítulos anteriores, se han estudiado los pilares sobre los que se sostiene el modelo constitucional de familia y la pluralidad de tipos de familia que tienen lugar en la sociedad española actual, y se han analizado la problemática de las familias reconstituidas, su estado jurídico actual en el derecho español y el de la Unión Europea y sus elementos esenciales.

El presente capítulo plantea las soluciones jurídicas que pueden existir en el ámbito del Código Civil en relación a muchos de los problemas surgidos en las relaciones internas de ciertas familias reconstituidas, con el fin de ofrecer algunas propuestas normativas. Estas relaciones familiares son, como se delimitó al principio del segundo capítulo, las que tienen lugar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común menor de edad y conviviente en el hogar familiar reconstituido sobre la base del matrimonio -con independencia de la base matrimonial o convivencial de la familia anterior -.

Se ha constatado la escasa toma en consideración de la figura del cónyuge del progenitor conviviente con el menor en el Código Civil español. Hasta ahora, es posible inferir un claro desinterés en realizar una regulación completa de la misma. Acaso porque se trata de situaciones que se apartan del esquema o modelo tradicional y que, de algún modo, resultan contrarias a los principios que regían hasta ahora el *status filiationis* y la institución jurídica de la patria potestad. Otro factor que explica que el legislador no haya querido regular las relaciones procedentes de este modelo familiar es que se trata de una cuestión muy compleja. Pero esta circunstancia no debe impedir su tratamiento en el Código Civil, aunque se tenga que proceder con prudencia en las propuestas de solución de los conflictos que surgen dentro de las familias reconstituidas.

Como ya se expuso en el primer capítulo de este trabajo, la familia es un *prius* con respecto al derecho y ello significa que el ordenamiento jurídico la tiene en consideración y la regula, mas no crea las situaciones familiares[551]. Pero el legislador común va con bastante retraso con respecto al legislador autonómico, entre otras, por dos razones.

En este contexto, es muy valioso el método comparatista. Se pone de relieve cómo han regulado otros ordenamientos jurídicos algunas de las consecuencias derivadas de la relación entre una persona y los hijos propios de su cónyuge o pareja estable, ya se manifiesten sobre ellos mismos o sobre terceros. El derecho comparado es, sin duda, el método, que mejor va a servir al propósito principal de esta tesis doctoral. En este sentido, cierta doctrina señala cómo el análisis comparatista de los modelos de familia europeos permite identificar una trayectoria homogénea en materia familiar[552].

Es especialmente interesante la observancia de los otros derechos civiles del Estado, por cuanto puede incentivar al legislador común. Por un lado, se debe respetar el principio de igualdad ante la Ley (cfr. art. 14 CE). A propósito del reconocimiento constitucional a conservar, modificar y desarrollar sus derechos especiales (cfr. art. 149.1.8.º CE), puede resultar discriminatoria e injusta la aplicación de sistemas tan dispares entre unas comunidades autónomas y otras. Sin embargo, esas legislaciones especiales ya existen y la única forma que tendría el legislador estatal de dotar el sistema de coherencia y garantizar la igualdad de los españoles ante la Ley es que, al recoger esta materia en el Código Civil, tuviera en cuenta y se inspirase en las normas que ya regulan la materia en las comunidades autónomas, aproximando las diferentes legislaciones; si bien, por supuesto, las normas de otros derechos civiles del Estado no están a salvo de ser modificadas ulteriormente. Por otro lado, los otros derechos civiles del Estado tienen como fuente principal el Código civil español. De ese modo, si el legislador común se inspirase en sus normas, ambos sistemas se sustentarían mutuamente. En cualquier caso, y hasta el momento, el legislador estatal no parece muy diligente.

[551] Aunque a veces favorezca su aparición o alteración. Sirva como ejemplo la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio en España. El legislador no inventó el divorcio ni la voluntad de divorciarse, pero al darle validez jurídica, favoreció que, parejas que de otro modo hubieran quedado obligadas a permanecer unidas en matrimonio sin quererlo, dejaran de estarlo.

[552] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, pp. 35-36.

También resulta valioso el análisis del derecho anglosajón, puesto que los problemas derivados de las relaciones familiares son comunes a todos los ordenamientos jurídicos: divorcios, cónyuges que no abonan la pensión compensatoria o de alimentos, familias de hecho…[553]. Esta idea podría descansar, de un lado, sobre la naturaleza misma de la familia. Si la familia no es una institución creada por el derecho, sino un fenómeno social que el derecho simplemente reconoce y regula, aunque los sistemas jurídicos a comparar guarden diferencias, los problemas y preocupaciones sociales suelen ser coincidentes en las (similares) sociedades occidentales. Por otro lado, la razón de que los problemas familiares sean comunes en los Estados del entorno podría hallase en que todos los sistemas matrimoniales occidentales -incluidos los anglosajones- proceden del matrimonio canónico. Los problemas derivados de las familias reconstituidas se han resuelto antes en los derechos anglosajones porque las confesiones protestantes han admitido el divorcio con antelación y, con ello, se ha incrementado sustancialmente el número de familias reconstituidas, mientras que en los países católicos los casos se limitaban a las segundas nupcias de los viudos.

De hecho, en el ámbito de las familias reconstituidas resulta muy útil la observancia del sistema de *Common Law*, básicamente por dos motivos. El primero es que en países como Reino Unido y, sobre todo, los Estados Unidos de América, este tipo de familias tienen una incidencia mayor por haber experimentado un crecimiento desde hace mucho tiempo[554].

---

[553] ROCA I TRIAS, E. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 32.

[554] Se ha indicado que, en la sociedad británica, de cada tres familias, una es de este tipo. Consultado en https://happysteps.co.uk/ el 26/07/2020. También se ha señalado que, hace dos décadas, el porcentaje de parejas en segunda unión en los Estados Unidos era del 40%, lo que puede estar relacionado con la temprana presencia del divorcio en estas sociedades. MAZZONI, S. "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners*…, *op. cit.*, p. 372; por otro lado, en una sociedad donde este modelo familiar ya estaba en auge, éste experimenta un breve retroceso a finales del siglo XIX debido a la reducción de la tasa de mortalidad, pero vuelve a crecer casi al mismo tiempo por el incremento de divorcios. En este sentido, ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies", *op. cit*., p. 2; asimismo, CHERLIN, A. "Remarriage as an Incomplete Institution", *American Journal of Sociology*, vol. 84, nº 3, 1978, p. 637, consultado en http://www.jstor.org/stable/2778258?read-now=1&loggedin=true&seq=4#page_scan_tab_contents el 26/07/2020. Este autor indica la frecuencia de los matrimonios sucesivos en los EE. UU. desde los orígenes de la nación, si bien más común tras la viudedad que tras un divorcio hasta el siglo XX. En este sentido, se ha destacado el aumento de estas familias en las últimas décadas, debido al divorcio y las nuevas nupcias de ambos progenitores. Así, MAHONEY, M.M. "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *op. cit.*, p. 82.

El segundo motivo radica en el admirable sentido práctico de estas sociedades. Existen en su seno algunas asociaciones dedicadas al apoyo de las familias reconstituidas, así como centros de información para las mismas. En los EUA destacan la *Stepfamily Association of America* y el *National Stepfamily Resource Center*[555]. En Reino Unido, *Happy Steps* es un centro de consulta que ofrece ayuda tanto a las familias reconstituidas como a los profesionales del ámbito de la familia[556]. Y, como no puede ser de otro modo, este pragmatismo se refleja en las soluciones jurídicas que, como se sabe, no se limitan al derecho escrito, particularidad que dota al sistema de una mayor flexibilidad con respecto al sistema de derecho continental.

Las soluciones propuestas pueden suponer un reconocimiento legal de las relaciones entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común, una cobertura a la autonomía de la voluntad de las partes o la posibilidad de solicitar a la autoridad judicial el reconocimiento de unas facultades, derechos u obligaciones.

Tal y como revelaban los datos estadísticos, este tipo de familias están aumentando hasta el punto de que en un futuro no muy lejano van a ser, posiblemente, las más comunes. Así se observa, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde el divorcio se permite desde hace mucho más tiempo que en España y otros Estados europeos. Al legislador estatal no le resta más que asumirlo y proceder a su tan necesitada regulación.

Dar una respuesta legislativa desde el Código Civil a las familias reconstituidas supone adecuarse a la realidad social española, así como dar coherencia al ordenamiento jurídico español en su conjunto, puesto que se ha constatado que, en materia de Seguridad Social, por ejemplo, se están produciendo cambios de un modo más rápido.

Es importante que la futura reforma sea fruto de un estudio concienzudo, en que se tomen decisiones bien meditadas, puesto que su objeto es ayudar a la resolución de los problemas que surgen en el ámbito de estas familias, y no la creación de nuevos contratiempos.

Se trata, como ha señalado un sector de la doctrina, de una realidad que el derecho casi desconoce, pero sobre la cual es ineludible conciliar las necesidades que

[555] Acceso a través del dominio http://www.stepfamilies.info/, consultado el 26/07/2020.

[556] Acceso a través del dominio https://happysteps.co.uk/ consultado el 26/07/2020.

las familias "originaria" y "nueva" requieren para los sujetos que las integran[557]. El legislador civil no ha considerado la más que probable creación de relaciones familiares a causa de matrimonios -o relaciones de hecho- sucesivos y debe hacerlo cuanto antes[558].

Un dato que indica claramente la necesidad de que el legislador preste atención a estas familias es el hecho de que la mayoría de las veces que se recurre a la adopción interna es para adoptar al hijo del cónyuge, pero es eso algo que, como es de sobra conocido, no es siempre posible o la opción más adecuada[559]. Se debe aclarar, a este propósito, que el cometido del derecho en esta materia no consiste en asignar funciones propias del progenitor al cónyuge de éste, desempeñe o no el papel de tal en la práctica, sino en regular las relaciones del cónyuge del progenitor que convive con los hijos del otro para hacer posible la convivencia y, como no puede ser de otra manera, para favorecer al menor, actúe aquél socialmente o no como progenitor[560].

---

[557] RUSCELLO, F. "Introduzione", *op. cit.*, p. 22.

[558] DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit*., p. 767.

[559] GARCÍA RUBIO, M.P. "La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *op. cit.*, p. 13. La autora estima que el reemplazo de un progenitor por otra persona no tiene por qué ser hoy día lo mejor para proporcionar un equilibrio al menor, puesto que la alta tasa de divorcios hace que el segundo matrimonio sea, estadísticamente, tan poco duradero como el primero. A este respecto, se indica que no ha sido posible acceder a estadística alguna sobre adopciones que revelara el número de veces en que el adoptado es hijo del cónyuge o pareja del adoptante.

[560] Así, por ejemplo, cierto sector de la doctrina ha defendido la no institucionalización del conjunto de relaciones familiares entre los miembros de las familias reconstituidas, pues su naturaleza aconseja más flexibilidad y que, tal vez, el establecimiento de "nuevos parentescos" complicaría demasiado el cuadro de obligaciones y derechos que ya pesan sobre los miembros de estas familias. La autora ha abogado por el reconocimiento de algunos efectos jurídicos derivados de la existencia de este tipo de relaciones, como que sean consideradas a propósito del nombramiento del tutor o la constitución del acogimiento, a modo ejemplificativo. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. ''Reflexiones sobre el Derecho de familia'', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 2, 2007, p. 95. Sin embargo, aunque la primera parte de lo reseñado parece lo más sensato, la segunda puede parecer un poco estricta. En el presente trabajo se pretende hacer notar la conveniencia de regular algo más que unas consecuencias jurídicas limitadas a la toma en consideración de la figura del cónyuge del progenitor para reconducirlo a otras instituciones jurídicas. Esta figura, socialmente, es algo más que un guardador de hecho -así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 180- y, si bien es cierto que no parece aconsejable regular un estatuto jurídico integral del cónyuge del progenitor, sí que parece difícil negar lo fundamental de una regulación de la convivencia entre los miembros de esta familia, especialmente en atención al interés del menor.

No se deben dejar de exponer algunos argumentos que harían desaconsejable la regulación legal de las relaciones entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común: *v. gr.*, la relación trae causa directa en la relación con el progenitor del menor por lo que, en principio, su voluntad se va referir a esta relación y lo demás es algo que debe asumir; las segundas familias son menos resistentes, y puede que el hijo no quiera, o su interés no aconseje, la concurrencia de tantas figuras "legalmente responsables de su protección", aunque en un primer momento parezca lo más conveniente[561].

Por otro lado, se ha defendido la necesidad de un estatuto jurídico para el cónyuge del progenitor que regule, básicamente, las siguientes cuestiones: su autorización para realizar actos relacionados con la vida diaria del menor, afianzar la estabilidad de la relación familiar entre ambos y compaginar esta relación con la del progenitor no custodio para evitar que éste quede relegado, sin olvidar que todo ello debe hacerse sobre la base de la voluntad, que es, al fin y al cabo, la causa generadora de esta relación, y puesto que no todas las familias reconstituidas van a requerir la misma fórmula[562].

No se debe olvidar la especial consideración al interés del menor en esta labor. El principio debe ser observado tanto por el legislador como por el juez en materia de familia y en todo caso en que un menor esté implicado, pero en el supuesto de las familias reconstituidas se debe valorar especialmente[563], ya que se debe apreciar la dificultad añadida para los niños que integran estas familias, teniendo la mayoría de ellas su origen en un divorcio. Los divorcios son procesos traumáticos para todos los implicados, pero sobre todo para los menores, a lo que se suma la dificultad de asumir la convivencia con personas nuevas para él.

Las soluciones jurídicas aportadas en la presente tesis doctoral se centran en las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, puesto que éste y el de las

---

[561] *Vid*. GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, pp. 10-11, que ofrece argumentos a favor y en contra de la regulación. Sobre la menor resistencia de las segundas relaciones, también, FERRANDO, G. "Familias recompuestas y padres nuevos", *op. cit.*, p. 312.

[562] TAMAYO HAYA, S. "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, pp. 303-304.

[563] En este sentido, y a propósito de la presentación de una propuesta de regulación para las familias reconstituidas sobre la base de la convivencia, se ha postulado la necesidad de poner la atención en el interés de los menores implicados más que en los adultos, así como de garantizar que el menor con edad suficiente sea oído en este tipo de procesos. Así, BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 149 y 151.

parejas basadas en la mera convivencia son dos supuestos distintos. En mi opinión, no es aconsejable dar una idéntica respuesta jurídica a estas dos realidades, pero también es cierto que en determinados casos sí que pueden participar de la misma solución. Se recuerda que, si bien a otros efectos, como la regulación de medidas de naturaleza social, se trata de dos modelos familiares que deben ser protegidos y no hay razón por la que se les deba tratar de distinto modo, a efectos de derecho de familia no debe en muchos casos ofrecerse la misma solución, ya que supondría la imposición de una situación no deseada, es decir, de la aplicación de unos derechos y obligaciones no consentidos en ningún momento por los receptores de la norma. Se conculcarían de este modo los artículos 10.1 -libre desarrollo de la personalidad- y 32 CE -libertad matrimonial-, tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional[564]. No obstante, se deberá tener siempre en cuenta el interés de los hijos de la familia, que son, sin duda, los miembros más vulnerables de este modelo familiar. Ello no quiere decir que las familias reconstituidas sobre la base de la mera convivencia no merezcan reconocimiento en materia civil, sino que, por razones de extensión, es necesario acotar este trabajo de investigación a las familias reconstituidas con base matrimonial.

Del mismo modo, el análisis de la figura del cónyuge del tutor debe ser fruto de un trabajo posterior, aunque, en mi opinión, las soluciones que se ofrezcan en este capítulo, tal vez deberían extrapolarse a la relación familiar entre el cónyuge del tutor y el tutelado menor con el que conviva, siempre que no comparta la tutela, pues, como se ha visto: *a*) tutor de hecho y tutelado se van a ver inmersos en las mismas dificultades y contratiempos que el cónyuge del progenitor y su hijastro, y *b*) el tutor de hecho está situado a un mismo nivel que el cónyuge del progenitor, pues el tutor sustituye al titular de la patria potestad, la más estrecha de las instituciones familiares.

A continuación, se analizan las esferas personal y patrimonial de la relación familiar. Se trata de dos realidades con una clara independencia. La primera engloba todas aquellos derechos, deberes o funciones que tienen un contenido esencialmente personal. Éstos son, en lo que atañe a los hijos, la guarda y custodia, el derecho de visitas o mantenimiento de relaciones personales, los deberes de respeto y obediencia

[564] Así, en las referidas SSTC 47/1993, de 8 de febrero de 1993, FJ 4.º; 155/1998, de 13 de julio de 1998, FJ 3.º; 93/2013, de 23 de abril de 2013, FJ 8.º, sobre la íntima vinculación entre la facultad de optar entre matrimonio o unión de hecho y el libre desarrollo de la personalidad (art 10.1 CE)", y 110/2016, de 9 de junio de 2016, FJ 8.º; también STC 212/2005 (Pleno), de 21 de julio de 2005, ECLI:ES:TC:2005:212 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2005), que determina que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son fundamentos del orden público y la paz social y han de encaminarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (FD 47.º).

y el deber de representación. Como se observa, tienen que ver con la persona del hijo, esto es, con su bienestar físico y emocional, el desarrollo de su personalidad y la promoción de sus intereses personales. Los deberes de respeto y obediencia no tienen relación directa con ello, pero facilitan la ejecución de las otras funciones y derechos y son fundamentales para la convivencia.

En la segunda se comprenden aquellos derechos, deberes o funciones cuyo contenido base es de naturaleza patrimonial: el deber de alimentos o mantenimiento, el deber de contribuir a las cargas de la familia y la administración de los bienes. Estos deberes tienen como epicentro el patrimonio del hijo, es decir, la protección y promoción de sus intereses patrimoniales.

Lo que se estudia en los siguientes apartados son las esferas personal y patrimonial de la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común. Para cada faceta de la relación se analizan la regulación vigente en el Código Civil -para lo cual, en ocasiones, será necesaria la referencia a la relación paternofilial o de otra índole-, las decisiones adoptadas por la jurisprudencia y las soluciones que ofrece el derecho comparado.

II. LA ESFERA PERSONAL DE LA RELACIÓN

1. LA GUARDA Y EL CUIDADO DEL HIJO MENOR NO COMÚN

De entre todas las denominaciones que podría recibir este apartado, se ha escogido la de guarda y cuidado porque el cónyuge del progenitor puede tener ciertas funciones de guarda más o menos temporales o en ciertas situaciones de urgencia, pero en principio no puede ser acreedor de una verdadera función parental -aunque sí tutelar si así se le nombra en interés del menor-. Con todo, es necesario realizar una serie de aclaraciones terminológicas y de contenido que serán de ayuda a lo largo del resto del trabajo.

En cuanto a las formas de atribución de funciones de guarda u otras al cónyuge del progenitor se hallan, básicamente, tres en los distintos ordenamientos jurídicos: la atribución de efectos de origen legal, el pacto entre las partes -necesitado, o no, de refrendo judicial- y la atribución judicial propiamente dicha. Se analiza qué ha previsto al respecto el Código Civil. Además, se trata el derecho del menor a ser informado y oído -lo que es extrapolable a todo tipo de decisiones y

procesos en que intervenga un menor-. Finalmente, se evalúa la regulación vigente y se fundamenta su necesidad o no de modificaciones.

1.1. Precisiones terminológicas

No siempre ha sido el interés del menor el principio informador en derecho de familia. Es comúnmente sabido que, en los siglos pasados y hasta la ratificación de las distintas declaraciones de derechos y convenciones internacionales, las instituciones de la patria potestad, tutelares y de la adopción no tenían como fin último el interés del menor, sino que más bien se asentaban en la idea de un progenitor ‘‘dueño’’ de sus hijos.

Hoy día, sin embargo, la institución tiene una configuración bien distinta: los progenitores, como titulares de la patria potestad, deben ejercerla en interés del sometido a la misma, y esto significa que, en el ejercicio de la misma, el interés del menor se antepone a los intereses individuales de los progenitores[565].

El Código Civil español aún emplea la tradicional expresión “patria potestad” para designar el conjunto de prerrogativas y obligaciones de los progenitores hacia sus hijos. No obstante, el contenido de esta institución ha sufrido enormes cambios que hacen que, a día de hoy, sea adecuada y respetuosa con los artículos 10.1 y 39 CE y con los instrumentos internacionales y europeos relativos a la infancia.

La doctrina italiana, por ejemplo, ha cambiado la expresión *potestà dei genitori* por *responsabilità genitoriale*. Parece que el contenido de esta institución, más adecuado a las necesidades y más respetuoso con el desarrollo de la personalidad de los hijos, no se debe a la nueva terminología, sino más bien al contrario: esta terminología es un efecto del cambio de contenido a lo largo de los años. Ese contenido se concreta en “la promoción de la personalidad del hijo, con el cumplimiento de sus necesidades materiales, morales y afectivas”. Si bien la adaptación del contenido es lo primordial, la de la designación resulta también valiosa y conveniente. Mientras que la palabra *potestà* parece indicar una relación de subordinación de los hijos con respecto a los progenitores, la palabra *responsabilità*

[565] En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 169.

resulta más adaptada al principio de igualdad y a una visión más centrada en el menor[566].

No obstante lo anterior, si bien es cierto que en relación al menor se trata más de una responsabilidad que de un poder, constitucionalmente también se configura como un poder frente al Estado y frente a terceros. Que primen los derechos del menor frente a los de los progenitores si se perjudica el interés de aquéllos, no quiere decir que los progenitores no tengan derechos relativos a sus hijos. De ahí que tradicionalmente la doctrina se ha referido a la patria potestad como derechos-función o derechos-deber. En este sentido, potestad y poder no son términos idénticos: potestad está matizado con la idea de función[567].

En este punto, y para el caso del derecho común español, se debe remitir a lo ya expuesto en el apartado sobre la dificultad terminológica en torno a las familias reconstituidas y sus miembros, en el segundo capítulo, a propósito de la etimología de la palabra "parental", cuya repetición se debe evitar. A modo de conclusión, se adoptaba el uso de esta palabra y su derivada, "parentalidad", en referencia a los progenitores por cuanto no carece de fundamentación.

Hoy día, muchos autores y algunas normas del ordenamiento jurídico español hacen uso de la expresión "responsabilidad parental" para designar el conjunto de derechos y obligaciones o, lo que es igual, la relación jurídica entre progenitores e

[566] RUSCELLO, F. "Potestà dei genitori *versus responsability*", *op. cit.*, pp. 2, 10 y 12. Si bien ahora, como ha señalado un sector de la doctrina, el término *potestà*, cuando se usa, se refiere al contenido de la *responsabilità*, se aleja de la noción de *autorità* y de la *potestà* como función de derecho público, para ser una función al servicio del desarrollo de la persona del menor. Esta cuestión no da lugar a otras interpretaciones ya que se orienta por el principio del interés superior del menor. Del mismo modo, el término *responsabilità* se aleja de lo que por tal se entiende tradicionalmente en el derecho de obligaciones, con evidentes connotaciones negativas. Todo ello se extrae de lo expuesto por STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore, op. cit.*, pp. 105 y 107.

[567] Y en este sentido, cierto sector doctrinal considera más adecuado el recurso a la expresión "función parental" que al de "responsabilidad parental", por considerar ésta última impropia y confusa (GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Novetats més rellevants del Llibre II del Codi Civil de Catalunya", *op. cit.*, p. 29). También, en el título de la segunda y tercera parte, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 129 y 155. También en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, p. 26, donde, entre otras razones, se especifica que las denominaciones de "potestad" y "autoridad" hacen referencia a sólo una de las facetas de la relación -la de los progenitores- y sugiere una posición de sumisión por parte de los hijos que no se corresponde con el contenido actual de la institución. En efecto, parece que "función parental" es la denominación más precisa y que mejor se ajusta a la realidad actual.

hijos, más actual que la de "patria potestad"[568]. En principio, podría justificarse su uso con base en los siguientes motivos:

1) El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental[569], utiliza esta expresión para referirse a ese conjunto de derechos y deberes. Si bien *parental responsibility* deriva de la palabra anglosajona *parent* -padre o madre-, la versión española -oficial- del Reglamento adopta el término "parental"[570], mientras que, en otras lenguas, como la italiana, se ha traducido como *responsabilità genitoriale*. Ello quiere decir que, al igual que el resto del contenido del Reglamento, la "responsabilidad parental", con esta denominación, forma parte hoy día del ordenamiento jurídico español.

2) Resulta conveniente que el derecho interno y la doctrina jurídica se adapten poco a poco a las expresiones utilizadas por las disposiciones de derecho europeo ya que, de un lado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y, de otro, debe tenderse a la armonización de los derechos internos de los Estados miembros, en tanto sea posible y en las materias que proceda[571].

   No obstante, parece más acertada la expresión "función parental" para designar este acervo de "potestades", pues una función es lo que se

---

[568] *V. gr.*, apartado IV del Preámbulo y arts. 233-6.6, 233-8, DA sexta del CCCat.; la CDFN en, por ejemplo, las leyes 48, 52, 60, 64 o 70, entre muchos otros -se repara, con ello, en que el derecho navarro ha abandonado la expresión de tradición romanista "patria potestad", tras la reforma operada por la ya conocida Ley Foral 21/2019, de 4 de abril-.

[569] En la primera referencia a este Reglamento, el lector ha sido advertido de la aprobación de un nuevo Reglamento que lo sustituye, si bien éste no comenzara a aplicarse hasta 1 de agosto de 2022. Pues bien, el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, no ha modificado en nada este extremo, pues sigue usando normalmente la expresión "responsabilidad parental" y con el mismo contenido que el anterior Reglamento.

[570] Consultado en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=ES el 26/07/2020.

[571] Se puede señalar, por ejemplo, que en el derecho alemán ha sucedido lo mismo: en la tradición jurídica alemana, no se utiliza la expresión "responsabilidad parental" o "*elterliche Verantwortung*", pero este concepto ha sido adoptado en la traducción alemana de los Reglamentos Bruselas, entre otras normativas europeas e internacionales, lo que ha provocado su uso cada vez más frecuente por la doctrina alemana. En este sentido, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsabilities*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2005, p. 7.

desempeña[572]. Al fin y al cabo, no porque se haya efectuado una desafortunada traducción del inglés se ha de repetir y extender su uso en el derecho español. Por esa razón, y por las que siguen, que son comunes tanto para quienes defiendan el uso de una u otra expresión, se adopta en este trabajo la mejor denominación de "función parental".

3) En línea con lo anterior, si bien es cierto que no es tradición jurídica española el uso de "parental" para referirse al padre o la madre, sino a los parientes, también lo es que tanto etimológicamente como en el diccionario de la lengua española la palabra "parental" se refiere a los progenitores. Asimismo, las tradiciones se pueden cambiar, sobre todo en el caso de la expresión "responsabilidad parental", al mediar fuerza de ley, por la introducción de este término en nuestro ordenamiento jurídico por el derecho de la Unión Europea.

4) Tanto el uso de "función parental", como el de "responsabilidad" resulta recomendable por cuanto se trata de términos inclusivos y respetuosos con el principio de igualdad, no sólo entre padres y madres, sino entre progenitores e hijos.

En el año 2015 ha tenido lugar una reforma del artículo 154 CC[573], cuyo párr. segundo ahora expresa que "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental". El Código Civil español acoge, ahora, dicha expresión, curiosamente sin abandonar la tradicional, esto es, conserva la antigua designación, pero matiza la forma que reviste hoy día, muy apartada de su aspecto original.

[572] En efecto, la responsabilidad sólo es una de las facetas de la función parental, pues ésta encierra un deber jurídico de sus titulares para con el menor en cuyo beneficio se ejerce, una responsabilidad -por cuanto su incumplimiento o falta de diligencia genera consecuencias negativas para sus titulares-, unos poderes y unas facultades. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, pp. 31-32. Asimismo, y a pesar de la denominación de la institución "patria potestad, como responsabilidad parental", el artículo 154 CC se refiere a la misma como "función" en sus párrafos tercero y quinto.

[573] Modificado por el art. 2.8 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El libro segundo del CCCat. también ha adoptado la denominación "responsabilidad parental" -en singular y plural- para referirse a las funciones parentales (*v. gr.*, en el apartado IV del Preámbulo, arts. 233-6.6, 233-8 y DA sexta). No obstante, en aún más ocasiones emplea, indiscriminadamente, el término "potestad" (entre otros, arts. 222-10.c), 225-1, 235-2.2, 236-1 o DT séptima).

Además, también se puede observar el uso de los términos "parental", "parentalidad" o "coparentalidad" en relación a los progenitores en la jurisprudencia[574]. También, cada vez más sectores de la doctrina española vienen utilizando estos términos[575].

También se usan en España las expresiones "monoparental" y "monoparentalidad". E incluso fuera del ámbito europeo, en ciertas legislaciones de Hispanoamérica y sectores de la doctrina se hace uso del término "responsabilidad parental"[576].

Curiosamente, un sector de la doctrina italiana ha advertido que, con frecuencia, los ordenamientos jurídicos que han cambiado la forma de expresarse en relación a la tradicionalmente llamada -en el caso español- "patria potestad" resultan ser, a su vez, los que han procedido a regular formalmente la *genitorialità sociale*[577], es decir, las funciones "parentales" desempeñadas por quien no es progenitor en realidad.

---

[574] SAP Barcelona 151/2018 (Sec. 18ª), de 22 de febrero de 2018, Roj: SAP B 1226/2018). La expresión "responsabilidad parental" es utilizada, entre otras, en las SSTS 19 de julio de 2013, 616/2014 (Sec. 1.ª), de 18 de noviembre de 2014, Roj: STS 4608/2014 y en la SAP Vizcaya 490/2016 (Sec. 4ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP BI 1637/2016.

[575] TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.,* a lo largo del trabajo; ID. - "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, pp. 261-316. Otro sector de la doctrina se ha referido a esta relación entre cónyuge no progenitor y menores como de "responsabilidad parental de hecho" o "*step parentality*". Así, ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial,* Thomson- Civitas, 2006, p. 14.

[576] *V.gr.* en derecho argentino, el Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por Ley 26.994, de 7 de octubre de 2014), regula en sus artículos 638-704 la "Responsabilidad parental"; entre la doctrina nicaragüense, ABBOUD CASTILLO, N.L. "¿Disociación entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental? Añejos conceptos – nuevos significados, a la luz de la custodia compartida", en ACEDO PENCO, A., SILVA SÁNCHEZ, A. (Coords.), DE PERALTA CARRASCO, M. (Dir.), *Derecho de familia, nuevos retos y realidades… op. cit.*, pp. 13-31.

[577] En este sentido, CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.,* p. 21.

1.2. Contenido de la función parental y otras figuras de protección del menor

Una vez sentada la preferencia por el uso de la expresión "función parental" para designar aquélla que se desempeña propiamente por los progenitores, se debe precisar el contenido de la misma -por ser la más completa del derecho de familia- y hacer referencia a otras instituciones de protección del menor para determinar qué funciones concretas es posible y adecuado atribuir al cónyuge del progenitor, así como si es posible extender el uso de aquel termino a las funciones ejercidas por éste.

El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre (cfr. art. 2.7.º), entiende, a sus efectos, por "responsabilidad parental":

- Responsabilidad parental: "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita".

También contiene una definición de esos derechos (cfr. art. 2.9.º y 10.º R. 2201/2003):

- Derechos de custodia: "entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia".

- Derecho de visita: "en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado".

De la primera definición se observa que, bajo el paraguas del Reglamento, se entiende como titulares de la "responsabilidad parental" a los progenitores que no la hayan perdido, a los tutores, a los curadores, a los defensores judiciales e incluso, en algunos casos, a los guardadores de hecho reconocidos. Parece que se debe incluir, también, al cónyuge o pareja del progenitor en los casos en que tenga atribuidas unas funciones en virtud de la ley, pacto o decisión judicial, cuando así lo prevea el derecho de producción interna correspondiente.

Por otro lado, entre los "Principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental" elaborados por la Comisión de Derecho de Familia Europeo -*Commission on European Family Law*, presentada *ut supra*-, el primero de ellos (3:1) ofrece un concepto y un contenido de la responsabilidad parental. La describe como "un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño" y enumera expresamente cuáles son esos derechos y deberes:

"(a) el cuidado, la protección y la educación;

(b) el mantenimiento de relaciones personales;

(c) la determinación de la residencia;

(d) la administración de los bienes, y

(e) la representación legal".

Parece evidente que el contenido de la responsabilidad parental coincide con lo que en derecho español se entiende por patria potestad[578], y también con el de la tutela. El Código Civil precisa los "deberes y facultades" que engloba la primera función y son: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes (cfr. art. 154.3.1º y 2º CC). El tutor ostenta estos mismos deberes y facultades (cfr. arts. 267, 269 y 270 CC), además de otros cometidos que son propios de esta institución.

En cuanto a la guarda y custodia, no existe una definición legal. Se ha sostenido que la diferencia entre patria potestad y guarda y custodia es, con base en el artículo 156 CC, que la última supone una disgregación entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad[579]. Tal vez, en la mayoría de las ocasiones esto coincida; sin embargo, el titular no guardador puede ejercer las facultades y deberes de la patria potestad en no pocos momentos[580].

---

[578] Y así puede verse en los Capítulos I, II y III del Título VII del Libro I del Código Civil (arts. 154-168 CC).

[579] AFONSO RODRÍGUEZ, M.E. "Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guarda y custodia compartida", *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, nº 23, 2006, p. 85.

[580] El artículo 156.1.º CC establece la regla del ejercicio conjunto de la patria potestad o su ejercicio individual si se da el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor. Es cierto que el párrafo 6.º determina que, en caso de que los progenitores vivan separados, la patria potestad se ejerce

Para concretar el contenido de la guarda y custodia se debe atender, en primer lugar, al de la patria potestad, pues de todas sus potestades y obligaciones se puede afirmar que, las propias de la guarda son las funciones de velar por los hijos y tenerlos en su compañía la mayor parte del tiempo. Esto es así porque el progenitor que ostenta el derecho de visitas también debe velar por los hijos, siempre, y tenerlos en su compañía durante el tiempo que lo tenga a con él. Por tanto, la diferencia entre custodia y visitas es más cuantitativa -tiempo de convivencia con el menor- que cualitativa, pues durante el tiempo que el menor permanece con el progenitor visitante éste ejerce idénticos deberes y facultades[581].

Es en este punto donde se presentan la mayoría de los problemas que plantea la doble paternidad, ya que, por regla general, la función parental sobre un menor o menores la ostentarán sus progenitores -biológicos o adoptivos-. Las normas reguladoras de la patria potestad -o función parental- descansan sobre el fundamento de la filiación biológica o adoptiva, por lo que el ejercicio de aquélla corresponde a los progenitores o adoptantes[582].

---

por aquel que conviva con el menor. De ello parece deducirse que, en efecto, la guarda y custodia supone la separación de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Pero, continua el precepto, si el otro progenitor lo requiere, y es adecuado al interés del menor, el juez puede atribuir el ejercicio conjunto o la distribución de las funciones que le son propias. Además, el artículo 103.1º CC, sobre las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, se refiere a, entre otras cuestiones, acordar "la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos…". Los progenitores tienen, pues, la obligación de velar por los hijos incluso cuando no están a su cuidado. Más aún: en sede de filiación, el artículo 110 CC establece la obligación legal de los progenitores de velar por sus hijos incluso cuando se hallen privados o excepcionados de la patria potestad. El progenitor no guardador tiene, también, el deber de tener a sus hijos en su compañía en los momentos que los tenga consigo, por lo que este deber variará en intensidad caso por caso. Y, por supuesto, el progenitor guardador también ejerce las funciones de alimentar, educar, procurar una formación integral, representar (art. 162.1º CC) y administrar los bienes de sus hijos (art. 164 CC). Así, por ejemplo, dentro de los deberes de velar, representar o administrar los bienes del menor, el progenitor no guardador participa en la toma de decisiones importantes. O durante el tiempo que lo tiene en su compañía, puede tomar ciertas decisiones de menor calado, relacionadas con el día a día del menor, además de medidas de urgencia. Por tanto, parece que el ejercicio de la patria potestad, incluso en los casos de separación en que no esté judicialmente atribuido a ambos, será ejercido en muchos momentos por el que no ostente el ejercicio.

[581] PINTO ANDRADE, C. "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, 2015, pp. 146-147. En esta línea, se ha afirmado que el tiempo de guarda del progenitor no custodio sirve para que éste ejerza las funciones que a este competen por ser también titular de la función potestad. En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 63.

[582] Así lo ha señalado DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit.*, p. 769, si bien el autor hace referencia únicamente a la filiación biológica.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño declara el derecho de todo menor a ser cuidado por sus progenitores (cfr. art. 7.1 CDN) y demanda que se garantice a ambos progenitores el ejercicio de las obligaciones parentales (cfr. art. 18 CDN).

Ello es así porque, como ha descrito un sector autorizado de la doctrina, la relación parentofilial es "una de las más ricas de todo el derecho privado" y produce consecuencias sobre múltiples materias jurídicas: derecho de familia, derecho de la persona, derecho de sucesiones, derecho penal, derecho administrativo…[583].

En este contexto, y en cuanto se refiere al derecho civil común vigente, se presenta difícil la asunción o atribución de funciones parentales al cónyuge del progenitor, o a un tercero en general.

Como ya se ha señalado, la figura del cónyuge del progenitor que convive con el menor no es subsumible en ninguna de las instituciones del derecho de familia existentes, sino que tiene unas características propias y, por ello, es merecedora de una atención particular por el legislador. Ahora bien, sólo cuando se concreten estas funciones y su naturaleza será posible poner nombre al conjunto de su ejercicio.

1.3. Situaciones de urgencia

La cuestión relativa a la validez y eficacia de las decisiones relativas al menor adoptadas por el cónyuge del progenitor en eventuales situaciones de urgencia podría ubicarse, perfectamente, en los siguientes subapartados, ya que en los ordenamientos jurídicos que la hayan regulado, esta función va a resultar de la ley o del previo acuerdo entre las partes. Sin embargo, se ha decidido dispensar un tratamiento específico al asunto porque, dentro las funciones que competen a la guarda del menor, éste es uno de los aspectos más necesitados de regulación -en atención al interés superior del menor- de los que conforman la relación entre el menor y el cónyuge de su progenitor con el que convive. En otras palabras, la regulación de las situaciones de urgencia es el contenido mínimo que debe tratar cualquier regulación en esta materia.

[583] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "IX. La Filiación", en LACRUZ BERDEJO J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia, vol. II*, p. 59.

El Código Civil español sólo recoge la validez y eficacia de las decisiones en relación al menor en situaciones de urgencia adoptadas por los progenitores -en tanto titulares de la patria potestad- (cfr. art. 156.1.º CC). Se prevé el ejercicio de la función parental por uno sólo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, así como la fuerza de los actos que uno realice de acuerdo al "uso social y a las circunstancias o en las situaciones de urgente necesidad". También se protege a los terceros de buena fe mediante la presunción de ese consentimiento para la ejecución de actos que les afecten (cfr. art. 156.4.º CC). Así, los actos adoptados por uno sólo de los progenitores son válidos entre las partes, pero también eficaces frente a terceros de buena fe.

El párr. 3.º se refiere a la intervención judicial a instancia de parte en caso de desacuerdo, para asignar la facultad de decidir a uno de los progenitores, si bien no parece que sea aplicable a las situaciones de urgencia, por definición.

En los casos en los que el cónyuge del progenitor reúna las condiciones del guardador de hecho, se aplicará lo dispuesto en el artículo 304 CC en relación a la validez de los actos realizados en interés del menor si redundan en su beneficio, actos que pueden haberse realizado en situaciones de urgente necesidad, pero que están sometidos a las mismas reglas que cualesquiera otros que realice el guardador de hecho; pero, como este supuesto de hecho no se va a corresponder con la mayoría de los casos en que actúe el conyuge del progenitor en relación al menor, esta regulación no es, ni mucho menos, suficiente.

Un contratiempo que podría acontecer a propósito de las familias reconstituidas sería el hecho de que terceros de buena fe creyeran al cónyuge del progenitor como progenitor mismo, debido al ejercicio de hecho, por éste, de algunas funciones parentales.

Esta contingencia ha sido regulada por el CCCat. (cfr. art. 236-14.3.º) la facultad que tiene el cónyuge o pareja estable del progenitor conviviente con el menor de "adoptar las medidas necesarias para el bienestar" del menor si existe un "riesgo inminente" para el mismo. Habrá de informar inmediatamente al progenitor custodio -es decir, en ese momento- y éste se lo hará saber al otro progenitor[584].

[584] Establece el precepto que "En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor".

Se ha sostenido que, respecto de los terceros de buena fe, las actuaciones del cónyuge o pareja del progenitor tendrán la misma eficacia que corresponda a los realizados por el progenitor custodio y que, aunque el padrastro o madrastra puede renunciar a su estatus, no obstante, esta renuncia no afecta a la obligación de adoptar las medidas necesarias para el bienestar del menor en casos de urgente necesidad[585].

Por su parte, en caso de peligro inminente para el menor, el BGB concede a cualquiera de los esposos el derecho de llevar a cabo toda actuación legal necesaria para el bienestar del menor, si bien el titular de la custodia habrá de ser informado sin demora -en el acto- (cfr. § 1687b BGB, apdo. 2.º)[586]. Asimismo, la *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* -ley sobre uniones civiles registradas- se expresa del mismo modo en relación a la pareja estable del progenitor (cfr. § 9, apdo. 2.º)[587].

Se debe recordar que, en esos mismos artículos, tanto el BGB como la Ley determinan que la "responsabilidad parental limitada" puede limitarse más, e incluso suprimirse por la autoridad judicial en interés del menor y que la misma se extingue en caso de separación no temporal de los cónyuges o miembros de la pareja. Pues bien, dichos apartados (3.º y 4.º de cada cuerpo legal) se refieren expresamente a los poderes conferidos en virtud del 1.º apartado, es decir, la "responsabilidad parental limitada", sin hacer referencia a lo dispuesto en ese apartado 2.º sobre las situaciones de urgencia. No obstante, en mi opinión, parece que esta facultad corre la misma suerte que el acervo de facultades que comportan la custodia conjunta del progenitor y su cónyuge o pareja no progenitora, puesto que no tiene ningún sentido, por ejemplo, que este último conserve la facultad de decidir en situaciones de urgente necesidad si no convive con el menor. Pienso que esta potestad tiene su fundamento, no tanto en el matrimonio o el registro de una pareja -aunque sean condición para que la norma despliegue sus efectos-, como en la convivencia entre el menor y este tercero no progenitor con el que pasa mucho tiempo. Además, los preceptos justifican su existencia en el bienestar del menor, lo cual parece reforzar la tesis de que es la relación entre el menor y el tercero -y no directamente la de los cónyuges o miembros de la pareja- la que justifica dicha previsión legal.

---

[585] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, pp. 64-65 y 67-68.

[586] Para la elaboración de este trabajo, se consulta la versión inglesa del BGB en la página web del propio Ministerio de Justicia alemán -*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*- (consultado en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html el 26/07/2020).

[587] Consultada en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpartg/index.html el 26/07/2020 su traducción oficial al inglés.

En el derecho suizo, se debe recordar, el *genitore affiliante* actúa en representación de los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental (cfr. art. 300, apdo. 1.º ZGB). Por tanto, parece que se debe entender aplicable lo dispuesto para el ejercicio de la autoridad parental por los progenitores. Lo único que se contempla en cuanto a las situaciones de urgencia, no obstante, es la facultad de quien tiene la guarda del menor para decidir, en cada caso, si su decisión o actuación se corresponde con asuntos cotidianos o urgentes (cfr. art- 301, apdo. 1.º *bis*, 1 ZGB).

Finalmente, es interesante observar lo que acontece en el derecho del Reino Unido. En el derecho de Inglaterra y Gales, la *Children Act 1989*, si bien no se refiere expresamente a la guarda de hecho de un menor, parece contemplar la contingencia de que una persona que no ostenta la responsabilidad parental pero que tiene en su cuidado a un menor puede, dentro de la ley, hacer lo que considere razonable en cada caso con el fin de salvaguardar o promover el bienestar del menor (cfr. subsección 5.ª de la § 3)[588].

De un modo similar se expresa el derecho escocés. Si bien la *Children (Scotland) Act 1995* no regula la figura del *stepparent*, sí contempla expresamente una situación que parece corresponderse con una guarda de hecho (cfr. §5)[589]. De este modo, la persona que haya asumido el cuidado del menor pero que no tenga la responsabilidad parental sobre el mismo ni ningún otro derecho parental, es responsable, no obstante, de hacer lo que sea razonable para salvaguardar la salud, el desarrollo y el bienestar del menor cuando las circunstancias lo requieran. Para ello, la ley le otorga, concretamente, la facultad para dar su consentimiento para que al menor se le aplique cualquier tratamiento o se le efectúe cualquier cirugía, médica o dental, siempre que el menor no pueda prestar consentimiento por sí mismo, y siempre que el guardador no tenga conocimiento de que el progenitor se negaría a dar ese consentimiento.

En definitiva, en ambos casos, tras regular el contenido de la responsabilidad parental, configurada para garantizar el bienestar del menor -su protección y promoción-, parece que el legislador quiere asegurarse de que, para el supuesto de que el menor, por la razón que sea, no se halle bajo el cuidado de quien ostenta su

[588] Un sector doctrinal ha señalado que, como cualquier guardador de hecho, el cónyuge o pareja del progenitor que tiene al menor bajo su cuidado, pero al que no le ha sido atribuida la responsabilidad parental -recuérdese, ni por acuerdo ni por decisión judicial-, entra dentro de este supuesto (*vid*. BURTON, F. *Family Law*, *op. cit.*, p. 397), por lo que dispondrá de este poder-deber *ope legis*.

[589] Consultada en https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/36/contents el 26/07/2020.

responsabilidad parental -en caso de que esta persona exista-, el menor no quede desprotegido. Para ello, otorga una especie de responsabilidad mínima -función- a la que le corresponden, en consecuencia, unas prerrogativas mínimas para poder llevarla a cabo, siempre en interés del menor.

Se observa que muy pocos ordenamientos jurídicos del entorno ofrecen una solución al problema de evitar perjuicios al menor en situaciones de peligro inminente en las que se halle al cuidado del cónyuge de su progenitor. Entre las legislaciones analizadas, sólo el BGB y el CCCat. realizan verdaderas previsiones, ambas muy similares. Se trata de una regulación muy parca, pero a mi juicio adecuada, ya que la naturaleza urgente de la situación y la necesidad de proteger a la persona del menor parecen desaconsejar la inclusión de un *numerus clausus* de supuestos de actuación. El límite de la actuación está en el cumplimiento de los requisitos que contemple el supuesto de hecho de la norma, que en mi opinión deben ser, esencialmente: que el menor se halle en una situación de peligro inminente; que el menor se halle al ciudado del cónyuge del progenitor en ese momento y la actuación no pueda ser llevada a cabo por el progenitor; que exista un nexo causal entre la actuación del cónyuge del progenitor y la evitación del perjuicio (necesidad), y que se informe al cónyuge progenitor sobre la actuación en cuanto sea posible.

1.4. Efectos de origen legal

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio[590], altera el contenido del artículo 82 CC, que pasa a regular las causas por las que los cónyuges pueden instar la separación conyugal. El ordinal segundo recoge como causa de separación "Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar".

La alusión a los deberes en relación a los hijos de cualquiera de los consortes que convivan en la vivienda familiar debe referirse a lo estipulado en el artículo 1362

[590] BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, pp. 16457 a 16462.

CC[591], ya analizado, puesto que es la otra única ocasión en que el legislador alude expresamente a los hijos del cónyuge en materia de familia.

Resulta curioso el lugar dónde el legislador decide colocar esta obligación, si pretendía ser tal: en sede de separación conyugal[592].

No obstante lo anterior, la Ley 15/2005, de 8 de julio, deja al artículo 82 CC vacío de contenido (cfr. art. 1.3), ya que desaparecen las causas para solicitar el divorcio o la separación[593], con lo que el matrimonio viene a ser una institución basada en el consentimiento continuado de los cónyuges[594].

En cualquier caso, de la antigua redacción del artículo 82 CC se ha entendido la naturaleza jurídica de este derecho-deber del cónyuge del progenitor conviviente con el menor como una especie de guarda de hecho, y lo que el precepto describe es un efecto jurídico derivado de la misma, por lo que, para que aquél pueda desempeñar su labor adecuadamente, tendrán que serle entregadas algunas de las facultades inherentes al ejercicio de la función parental[595].

Algunos autores han sostenido que el contenido de las facultades y responsabilidades del cónyuge del progenitor conviviente con el menor es el descrito en los artículos 154.1.º CC -"Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"- y 154 *in* fine -"corregirles

[591] En esta línea, PUIG FERRIOL, L. "Capítulo séptimo: de la separación", en AA.VV. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, 1984, pp. 466-467. El autor concluye que el artículo 1362.1.2.º CC "constituye un importante argumento a la hora de delimitar la esfera de aplicación del art. 82 n.º 2 C.c. en el supuesto de incumplimiento de los deberes respecto a los hijos de uno de los cónyuges".

[592] Reflexión que también ha sido tomada en cuenta por otros autores. Así, FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de familia, Tomo II, vol. 1. La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 55. El autor delibera sobre la naturaleza positiva -comportarse como un padre o una madre- o negativa -respetarlos, no dañarlos- de este deber del cónyuge del progenitor hacia los hijos no comunes, y concluye que de ser lo primero, la separación no es la mejor sede donde contemplar este deber.

[593] BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458 a 24461. Recientemente, el art. 1.18 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015), lo ha vuelto a dotar de contenido, si bien ahora indica cómo tramitar la separación de mutuo acuerdo.

[594] En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. "El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio", en ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones… op. cit.*, p. 93.

[595] DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit.*, p. 846.

moderadamente"-[596], que fue eliminado por la Disposición final primera, número dos, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[597].

No creo que se pueda deducir de la letra de ningún precepto del Código Civil que el cónyuge del progenitor con el que el menor convive tenga deber o facultad alguna directamente con los hijos no comunes, ni tan siquiera por el hecho de

[596] En este sentido, PUIG FERRIOL, L. "Capítulo séptimo: de la separación", en AA.VV. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* vol. I, Tecnos, 1984, p. 466, y DÍAZ ALABART S., "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit*., p. 847. Este sector doctrinal entiende que, si el cónyuge del progenitor admite la convivencia del hijo de su cónyuge en la vivienda familiar, se produce una aceptación tácita de estos deberes y prerrogativas. En consonancia, a los hijos no comunes les corresponderían los deberes del artículo 155 CC: obediencia y respeto y ayudar al levantamiento de las cargas familiares de acuerdo a sus posibilidades. Estos autores se inspiran en las reflexiones de FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de familia, Tomo II, vol. 1*, *op. cit*., p. 55. No obstante, en realidad, este autor sólo aprecia la obligación de "alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral", pero no las de velar por ellos y tenerlos en su compañía, ya que no cree que pueda imponerse a excepción de posibilitar que el cónyuge progenitor lo haga, o representar a los hijos no comunes y administrar sus bienes, puesto que para ello considera indispensable la titularidad de la patria potestad. También se plantea DÍAZ ALABART si el cónyuge del progenitor tiene la titularidad de estas facultades o únicamente ejerce las que competen a su consorte, cuando corresponda, y señala la importancia de esta distinción por sus consecuencias en caso de desacuerdo entre los cónyuges (DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil… *op. cit.*, p. 846). Sin embargo, y aunque las razones ofrecidas para justificar que se trata de una titularidad propia no carecen de sentido, no comparto esa opinión. Y ello en base a lo siguiente: *1*) la patria potestad es una institución que regula una relación tan especial y exclusiva como la parentofilial que parece arriesgado reconocer, de forma implícita por la lectura de los artículos del Código Civil, siquiera el ejercicio de sus facultades a personas distintas de sus titulares; *2*) si el legislador no ha incluido de forma expresa al cónyuge del progenitor conviviente para el ejercicio de algunas de estas facultades, aun cuando lo ha tenido en cuenta para otras cuestiones -como la del art. 1362 CC-, es porque no ha querido o no se no ha preocupado de hacerlo -si bien sería interesante que llevara a cabo una regulación práctica para regular la convivencia, sin vulnerar los derechos-deberes del otro progenitor no conviviente con el menor, pues es también una forma de proteger el interés superior del menor-; *3*) del análisis de otros derechos civiles del Estado y extranjeros se colige que ambas alternativas son posibles y que, el día de mañana, el legislador estatal podría seguir tanto una como otra opción. Más aún, se puede optar por regular esta responsabilidad con título propio y, aun así, atribuir el poder de decisión final al cónyuge progenitor -es el caso del derecho catalán, que reconoce unas facultades al cónyuge o pareja estable del progenitor conviviente, pero, en caso de desacuerdo, decide el progenitor (art. 236.14 CCCat.). Se puede decir que son unas facultades que la Ley le ha reconocido como propias -así, RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El *status* jurídico del padrastro/ madrastra en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.*, p. 2207, que concreta las facultades del cónyuge o pareja del progenitor de modo que tiene autonomía para actuar, sin tener que contar con el consentimiento del progenitor, hasta el punto de que si ya ha actuado y su decisión afecta a terceros, surte los correspondientes efectos; pero si aún no ha actuado y su pareja ya ha manifestado su disensión, entonces prevalecerá el criterio de esta última-; el derecho aragonés, sin embargo, ha dotado al cónyuge del progenitor conviviente, siempre que este último sea su único titular, de la "autoridad familiar" conjunta (art. 85 CDFA) y, puesto que no ha situado al cónyuge progenitor por encima del no progenitor ni especificado que ocurrirá en caso de desavenencia, lo natural es pensar que deberán acudir a la autoridad judicial-.

[597] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686.

consentir la convivencia. Los deberes y facultades del artículo 154 CC, tal y como están configurados a día de hoy, corresponden sólo a los progenitores y adoptantes, por derivar de la filiación. No se deben confundir los deberes derivados de la filiación con los deberes matrimoniales que puedan tener lugar.

En el contexto de los deberes conyugales se encuentra el artículo 68 *in fine* CC, cuya razón de ser debe ser explicada. Como es de sobra conocido, muchas de las reformas legislativas en materia de familia en el último medio siglo han sido consecuencia inevitable de la necesidad de adecuación de la normativa de derecho de familia al principio constitucional de igualdad, recogido con carácter general en el artículo 14 CE y específicamente para el derecho a contraer matrimonio, en el artículo 32 CE. Pues bien, a pesar de que la igualdad formal lleva décadas lograda, y aunque las obligaciones de hacerse cargo de las tareas domésticas y del cuidado de familiares ya no son reservadas en exclusiva a la mujer, se detecta que, en la realidad social, es ella la que sigue asumiéndolas con carácter mayoritario[598].

Los datos estadísticos revelan que se debe continuar la lucha para la consecución de la igualdad material, y puede que con esa intención el legislador decidiera dar cobertura al nuevo deber conyugal de compartir las obligaciones del hogar y de atender a los ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a cargo de alguno de los cónyuges[599]. Este deber ha sido incorporado en un nuevo

[598] Según los datos del INE, publicados en la Edición 2016 del Módulo sobre Acceso a los Servicios de la Encuesta de Condiciones de Vida, un 9,6% de los hombres de dieciséis o más años cuidan a personas dependientes, mientras que, en el caso de las mujeres, el porcentaje es de un 13,2%. Como curiosidad, el porcentaje mayor de hombres cuidadores lo constituye el grupo de edad superior a los sesenta y cinco años, en tanto que el de mujeres se sitúa entre los cuarenta y cinco y los sesenta y cuatro años. Consultado en http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t25/p453/modulo/2016/&file=pcaxis&L=0 el 25/07/2020). Asimismo, un estudio del INE -"Conciliación trabajo y familia. 5.2 Personas ocupadas, cuidado de personas dependientes (niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores)"- elaborado a partir de los datos obtenidos a través de la Encuesta de Población Activa (actualizado a 24 de abril de 2020), señala entre las causas de la desigual intervención de mujeres y hombres en el mercado laboral cuando existen hijos o personas mayores dependientes a su cuidado, la diferente distribución de las obligaciones familiares, la escasez y elevado coste de servicios para el cuidado de estas personas y la carencia de posibilidades para conciliar la vida laboral y familiar (p. 1). Consultado en http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param3=1259926137287 el 25/07/2020.

[599] Para un sector de la doctrina, el fin de la norma es este. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "El derecho de familia desde una perspectiva de género", en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA Y AYMÁ, A. (Coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 351. En este sentido, ha puesto además de manifiesto que, tal vez, lo más conveniente para la mejora de la situación de las mujeres sea asignar a los hombres las mismas obligaciones que sobre éstas pesan, en lugar de adoptar medidas de promoción en favor de ellas. Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Capítulo 10. Identidad: derecho

inciso, añadido al artículo 68 CC, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que ya contenía los deberes conyugales de convivencia, fidelidad y socorro mutuo[600].

Del mismo modo, posteriormente, el legislador catalán ha realizado el mismo reconocimiento expreso de estas obligaciones. Así, se contempla, entre los deberes de los cónyuges, "especialmente el cuidado y atención de los otros miembros de la familia que se encuentren a su cargo y convivan con ellos, y han de compartir las responsabilidades domésticas" (cfr. art. 231-2.2 CCCat.).

En uno y otro caso, la alusión al cuidado de los descendientes o personas dependientes a su cargo, podría referirse a, entre otras personas, los hijos no comunes, menores o mayores dependientes. Ello podría abrir la puerta al reconocimiento legal de las relaciones verticales dentro de las llamadas familias reconstituidas en el territorio regido por el derecho común, pues por su parte, el derecho catalán ya las reconoce (cfr. arts. 236-14 y 236-15 CCCat.).

Parece que el contenido del deber de cuidado y atención a que se refiere el artículo 68 *in fine* CC tiene un carácter más personal que económico, es decir, se trata de atenciones personales, ya que de las cargas o gastos de la familia se encargan otros artículos[601], y porque la redacción del artículo 1362.1º CC, que se refiere a las

---

y género", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. (Coords.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, *op. cit*., pp. 531-532. La autora pone, como ejemplo de medida de género en esta línea, la atribución de la custodia compartida de los hijos -p. 534-.

[600] Se ha sostenido que la norma no innova en deberes, pues éstos ya existían, sino que se refiere a ellos concretamente para acentuar que deben regirse por el principio de igualdad. Así, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)", *Revista de derecho privado*, nº 2, 2007, p. 21.

Algo así no sería nuevo en nuestro sistema legal de familia, ya que, en su día, también el artículo 66 CC introdujo una repetición del principio consagrado en el artículo 32 CE –"Los cónyuges son iguales en derechos y deberes"- y, al igual que ocurre con los "nuevos deberes" del artículo 68 CC, ya entonces un sector de la doctrina sostenía que tal reiteración de la igualdad de los cónyuges no pretendía la consagración de un principio que ya lo estaba constitucionalmente, sino desvincularse y oponerse al régimen previo. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Artículo 66", *op. cit.*, p. 317.

[601] En este sentido, YSÁS SOLANES, M. "Efectos del matrimonio", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit*., pp. 169-170. Sostiene esta autora que "el matrimonio ya no es cosa de dos", sino que existen unos deberes, a parte de los relativos a la pareja y sus hijos comunes, que habrán de ser considerados por los cónyuges; también, SOLÉ RESINA, J. "El matrimoni (III): efectes", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 102. En esta última obra se entiende que los deberes de ayuda mutua y mutuo socorro tienen, respectivamente,

cargas del matrimonio, no ha sido alterada tras la reforma de 2005[602]. Ello, además, es consonante con la necesidad de que las mujeres casadas puedan conciliar su vida laboral y familiar.

Un sector de la doctrina defiende que, si bien el artículo regula los efectos personales del matrimonio, basa su operatividad, no en el hecho de la conyugalidad, sino en el de la convivencia[603]. La obligación que establece el precepto encuentra su justificación en la convivencia con estas personas. Ello significa que no todos los ascendientes o descendientes de los cónyuges están incluidos en el último inciso del artículo 68 CC o, dicho de otro modo, no entra dentro del supuesto cualquier pariente del cónyuge sólo por el hecho del matrimonio.

Entre los descendientes y otras personas dependientes a cargo de uno de los cónyuges podrían encontrarse los hijos propios de éste, siempre que convivan en el hogar familiar.

Parece que tan necesaria es la nota de la conyugalidad como la de la convivencia, pues, sin la primera, el precepto no entra en juego. Considero que se trata de una norma jurídica que combina dos elementos que han de concurrir necesariamente. Sin matrimonio no se aplica la regulación legal sobre los efectos personales del matrimonio; no pueden aplicarse estos artículos a las uniones estables, en ningún caso.

---

un alcance general y otro referido a situaciones concretas, pero que la colaboración entre los cónyuges ha de darse tanto en el ámbito afectivo, como en las actuaciones personales y en la esfera económica. Entre las actuaciones personales, sitúa los deberes que el legislador ha tenido a bien concretar, de colaboración en las tareas domésticas y en el cuidado de los familiares que conviven con los cónyuges; DIEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil… op. cit.*, p. 90. Este autor opina que el legislador parece hacer referencia a la "asistencia y compañía personal"; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares… *op. cit.*, pp. 25-27 y 30. Por su parte, esta autora distingue entre el "cuidado", que consistiría en desempeñar funciones de carácter material, para cubrir "necesidades físicas", y "atención", que supondría un cometido de naturaleza afectiva o emocional y, tal vez, sólo en una pequeña medida, entrañaría una asistencia económica, ya que esta última viene prevista en otros preceptos del Código Civil. En cuanto al contenido específico de estos deberes, dependerá de las necesidades particulares de la persona a cuidar y/o atender. Asimismo, opina que estos deberes no tienen por qué referirse, necesariamente, a personas en situación de dependencia permanente con respecto al cónyuge, sino también a las que se vean ocasionalmente en esta situación. Finalmente, deduce la autora que, al igual que el art. 1362.1º CC no limita la obligación que regula a la minoría de edad ni a la incapacitación, parece lógico inferir que, en el caso del artículo 68 *in fine*, tampoco sea así.

[602] En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo V. De los derechos… *op. cit.*, p. 445.

[603] ID, p. 445.

De este modo, en mi opinión, se pueden extraer de la norma unas notas que caracterizan este deber o, dicho de otro modo, las circunstancias que han de concurrir para que tenga lugar el supuesto de hecho. En primer lugar, es necesario el *vínculo matrimonial* -sólo tiene lugar entre los cónyuges-; en segundo lugar, el precepto basa su operatividad en el hecho de la *convivencia* con esas personas a las que cuidar, lo que significa que no entran dentro del ámbito personal de la norma todos los parientes de los cónyuges, ni tampoco se limita a los parientes, pues, por ejemplo, puede ocurrir que los cónyuges tengan a su cuidado a un menor en acogida; en tercer y último lugar, se exige una situación de *dependencia* en relación a los cónyuges o a uno de ellos, es decir, parece que la persona a cuidar debe ser un menor de edad o un mayor incapaz.

No obstante, del art. 68 *in fine* CC se ha dicho que es una norma en exceso genérica y que está abierta a múltiples interpretaciones[604]. Además, ha sido precisamente la Ley de reforma del Código Civil que lo ha introducido, la misma que ha desprovisto de un verdadero valor jurídico a los deberes de los cónyuges, por lo que su coercibilidad es dudosa. Esta circunstancia ha sido ampliamente criticada por gran parte de la doctrina civilista[605].

[604] DIEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil… op. cit.,* p. 90.

[605] Sobre cómo han sido desprovistos de un verdadero valor jurídico y han quedado relegados a unos meros "deberes de naturaleza ética, moral o social", MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo V. De los derechos y deberes de los cónyuges (Arts. 66 a 72)" en CAÑIZARES LASO, A., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R… [et al.], *Código civil comentado*, Madrid, Thomson-Civitas, 2011, vol. I, p. 439; en un sentido parecido, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "Libertades personales y deberes entre cónyuges. La influencia de los comportamientos de las mujeres en la configuración actual de los deberes matrimoniales", en Dirs. M.P. GARCÍA RUBIO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Coords. L. LÓPEZ DE LA CRUZ, M. OTERO CRESPO, *El levantamiento del velo… op. cit.*, pp. 575-576. Su incumplimiento carece de consecuencias legales -no se puede forzar a su cumplimiento ni ser objeto de indemnización por su incumplimiento- y hasta dejan de ser causa de divorcio o separación, puesto que para instar cualquiera de estos ya no se requiere de una causa. En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Divorcio y protección jurídica de la familia: fórmulas de conciliación", *op. cit.*, pp. 107-128; también comparte la idea de inutilidad de la norma, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. "Comentarios del nuevo artículo 68 del Código Civil", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 34. Este autor, cree que no ha cambiado el panorama, pues los cónyuges seguirán teniendo sus propios acuerdos internos, es decir, tendrán total libertad para decidir sobre la extensión y la forma de llevarse a cabo este deber y, por supuesto, su cumplimiento no puede ser conminado por los destinatarios de esos cuidados y atención. No obstante, se deben recordar, a este respecto, las palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia (vol. I)… op. cit.,* p. 143. El profesor razona que estos deberes conyugales son "verdaderas *obligaciones*", aunque su cumplimiento no se pueda forzar directamente, pero gozan de "juridicidad" y pueden establecerse sanciones por su incumplimiento.

En cualquier caso, aún es pronto para conocer la transcendencia de la norma, por lo que se debe estar atento a la jurisprudencia venidera y puede constituir el germen de una futura regulación legal de las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes en el seno de las llamadas familias reconstituidas[606].

Para resumir, en contra de este precepto se puede decir que no es muy claro, ni se aplica a todo tipo de familias, ni su falta de observancia parece generar consecuencias; pero a su favor se pueden señalar su carácter pedagógico y que puede que constituya el primer paso para el reconocimiento de ciertas relaciones familiares dentro del seno de las familias reconstituidas[607].

A pesar de que todas las familias son dignas de protección, ha quedado patente que la institución matrimonial tiene asignado un lugar especial en el ordenamiento jurídico español. El hecho de contraer matrimonio debe significar algo más que el hecho de no contraerlo. Tal vez no se corresponda con el devenir de los tiempos afirmar que el nivel de compromiso de una pareja casada es siempre mayor que el de una pareja no casada, pero creo que sí es posible sostener que, en el caso del matrimonio, cuanto menos, ese nivel se presume alto. En consecuencia y, en mi opinión, cuando alguien contrae nupcias con una persona con descendencia propia, de algún modo, acepta a esta persona con su bagaje[608]. Pero ello no significa que asuma la responsabilidad sobre los hijos de su consorte -es decir, los derechos y deberes que conforman el contenido de la potestad parental, o parte de ellos-, sino que su compromiso con el cónyuge le obliga a colaborar con éste en las obligaciones

[606] A fecha de hoy, aún no ha habido ningún pronunciamiento judicial al respecto, al menos del que se tenga conocimiento.

[607] Esa nota pedagógica fue señalada por la portavoz del Grupo Parlamentario Vasco -Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2005, VIII Legislatura, N.º 84, de 21 de abril de 2005, p. 4101- y ha sido, asimismo, defendida por LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares… *op. cit.*, p. 6 y por ATIENZA NAVARRO, M.L. "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.) *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 153. No obstante, esta última autora critica la ubicación de la norma por no considerar que sea el lugar más adecuado para lograr una mayor implicación de los hombres en las labores domésticas.

[608] En contra de esta visión -si bien anteriormente a la reforma de 2005- GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, p. 13. Esta autora considera que si bien el compromiso con la pareja puede ser mayor cuando se contrae matrimonio, ello no implica "una mayor seriedad del proyecto familiar", por considerarlo una conducta típica al comienzo de la relación, y afirma que el matrimonio supone un compromiso en relación al cónyuge y no a sus hijos.

que a éste le son propias[609], como el cuidado de los ascendientes y descendientes a su cargo (cfr. art. 68 *in fine* CC) o la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (cfr. art. 1318 CC), del que forman parte los hijos no comunes convivientes.

En mi opinión, sería interesante que los arts. 68 *in fine* CC y 231-2.2 CCCat. hicieran referencia expresa a los hijos no comunes en tanto hijos de la familia, sin necesidad de referirse a la convivencia por cuanto los preceptos requieren la dependencia. Asimismo, sería adecuado indicar el contenido de esas labores de cuidado y asistencia, al menos de forma genérica.

Por otro lado, se debe hacer una breve referencia a otros dos deberes de origen legal, claramente delimitados pero muy vinculados al ejercicio de la función parental. Se trata del deber de obediencia de los hijos y el deber de respeto.

Los hijos deben obediencia a sus progenitores en tanto éstos se mantengan en el ejercicio de la función parental y también les deben respeto permanente (cfr. art. 155.1.º CC). El precepto sólo menciona a los progenitores, por lo que no parece que pueda extenderse a otros miembros de la familia; también es un deber yuxtapuesto a la función parental, por tanto, los progenitores que no la ostenten por haberla perdido o no haberla detentado nunca no se benefician del mismo.

Por su parte, el deber de respeto se debe siempre a los progenitores -biológicos o adoptivos-, aunque el menor esté emancipado, haya alcanzado su mayoría de edad o el progenitor nunca haya ostentado o haya perdido la titularidad de la función parental. Es decir, de la letra del artículo 155.1º CC, parece derivarse que el deber de respeto está ligado a la filiación. Sin embargo, es obvio que el deber de respeto se debe a toda persona. Es cierto que esto no tiene que venir contemplado en las normas de derecho de familia, pero sí debería explicitarse el deber de respeto

[609] En esta línea, y en relación al artículo 68 in fine CC, un sector de la doctrina sostiene que las obligaciones introducidas en dicha norma deben considerarse dentro del más amplio deber de ayuda entre los cónyuges. O, dicho de otro modo, la obligación del cónyuge no es la de "cuidar" ni "asistir", sino la de "compartir" dichas tareas con su consorte. Así, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares… *op. cit.*, pp. 18 y 25. También, en sentido parecido, pp. 29-30. De hecho, esta autora, se manifiesta a favor de la inclusión de los hijos del cónyuge en el ámbito de aplicación personal de la norma, de forma expresa, "ante el silencio del legislador" (p. 29). Deduzco de esta expresión, y comparto, que, ante la duda, han de comprenderse, por el bien del menor y por la igualdad de todos los hijos de la familia. Sobre que se trata de un deber específico dentro del de ayuda mutua o socorro mutuo, o estrechamente conectado con estos, se ha pronunciado ATIENZA NAVARRO, M.L. "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio", *op. cit.*, p. 156.

que se deben todas aquellas personas que conviven. Aquí se ubican el cónyuge del progenitor y el hijo no común. Se trata de un deber recíproco -al igual que el deber de respeto entre progenitores e hijos- que existe, a pesar de no estar recogido de forma expresa en el Código Civil.

Cuestión diferente es el deber de obediencia que, en principio, no se puede extender a terceras personas, puesto que está ligado a la titularidad o el ejercicio de funciones parentales o tutelares, y se ha concluido que el cónyuge del progenitor no puede ostentar estas funciones *ope legis*. En cualquier caso, si se opta por atribuir funciones tutelares al cónyuge no progenitor, para la efectividad de las mismas se requerirá la consiguiente obediencia del menor. Todo estará en función de las facultades concedidas. El deber de obediencia del hijo no común sería la lógica contrapartida del deber de guarda y cuidado que pueda atribuirse al cónyuge del progenitor que convive con el menor.

Una vez presentada la situación del cónyuge del progenitor que convive con el menor derivada de la ley en el derecho común en lo que atañe a la función de guarda y cuidado del hijo no común, parece interesante y provechoso compararla con las previsiones efectuadas por otros ordenamientos jurídicos.

El "Código del Derecho Foral de Aragón" -CDFA-, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas[610], refunde, entre otras, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona[611].

[610] El Código de Derecho Foral de Aragón refunde, en concreto: a) El Título preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y g) La propia Ley de Derecho civil patrimonial.

[611] En el derecho civil de Aragón, la primera mención al cónyuge del progenitor se hallaba en la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón (BOE núm. 86, de 11 de abril de 1967). Se trataba de la norma pionera, en el ordenamiento jurídico español, sobre regulación de las relaciones entre el cónyuge del progenitor y el hijo de su cónyuge. El artículo 10 de la referida Ley concedía la posibilidad de mantener en su compañía y asumir la crianza y educación del menor al cónyuge sobreviviente del progenitor fallecido del menor. El último inciso preveía la contingencia de perder esta función "por motivos de moralidad, mal trato o incumplimiento" de aquélla. El precepto era un tanto confuso. Enunciaba que "Fallecido un cónyuge bínubo, el sobreviviente podrá… a los hijos menores de aquél". No hacía mención de convivencia previa con los menores, ni siquiera con el propio cónyuge. Por el momento histórico en que fue redactado, se entiende, por otra parte, que no hiciera referencia al interés del menor o a la existencia del otro progenitor del menor. Años más tarde, en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOE núm. 161, de 6 de julio de 1985), se modificaban algunos artículos de

El CDFA incluye una disposición para el "padrastro o madrastra" al tratar de la que ellos llaman "autoridad familiar" de otras personas, si bien integra un solo tipo de familia reconstituida: aquélla en la que sólo un progenitor ostenta la autoridad familiar (cfr. art. 85 CDFA)[612]. El apartado primero otorga la "titularidad" conjunta del ejercicio de dicha autoridad al cónyuge de quien ya lo era, siempre que éste lo sea en exclusiva y que se dé la convivencia entre los tres. El apartado segundo, por su parte, mantiene en la titularidad de la autoridad familiar, crianza y educación del menor al cónyuge de su progenitor si éste fallece y si ostentaba dicha autoridad familiar con exclusividad[613].

---

la Ley de 1967, que mantenía, a esa fecha, su vigencia. Entre las normas que vieron alterado su enunciado se encontraban los artículos 9 y 10. Con ello, la Ley de 1985 dio un paso más en el reconocimiento de facultades al cónyuge del progenitor. En concreto, el artículo 9 concedía un derecho de "participación" en el ejercicio de la autoridad familiar sobre el hijo al cónyuge no progenitor si el progenitor lo solicitaba. Además, exigía la nota de la convivencia. Preveía, no obstante, la posibilidad de que el hijo solicitara a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que lo dispensase de esa autoridad si mediaba justa causa. El artículo 10, ya analizado, se transformó de modo que ahora reconocía la posibilidad de que la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia otorgara el ejercicio de la autoridad familiar del menor a los abuelos, hermanos mayores del menor o al cónyuge del progenitor fallecido. Además, en este caso sí que exigía que ambos progenitores hubieran perecido, o bien, ambos hubieran sido privados de la autoridad familiar o de su ejercicio. Posteriormente, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (BOE núm. 23, de 26 de enero de 2007, pp. 3713 a 3739), incluía una disposición para el "padrastro o madrastra" al tratar de la "autoridad familiar" de otras personas, en su artículo 72. No obstante, desde 23 de abril de 2011 la referida Ley es derecho derogado, aunque se conserva intacto su contenido en la actual normativa.

[612] El tenor del artículo es el siguiente:

"1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad.

2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar".

[613] En realidad, se mantiene en el ejercicio, pero además se convierte en el titular de la autoridad familiar. *Vid.* -si bien en relación al art. 72 de la Ley 13/2006, que tenía el mismo tenor que el actual art. 85 CDFA- DUPLÁ MARÍN, M.T. "*La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona*", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 717, 2010, p. 83; VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *op. cit.*, p. 218. En este sentido, un sector de la doctrina española se ha pronunciado a favor de reafirmar en las funciones parentales al cónyuge o pareja del progenitor que viniera ejerciéndolas -salvo las de representación y administración de los bienes del menor-, tal vez de forma compartida con el otro progenitor vivo, de haberlo, en el caso de muerte, ausencia o privación de la potestad a su cónyuge; o tras el divorcio, si el progenitor biológico se ha desinteresado del menor. Todo ello siempre que beneficie al menor y haya sido oído -cuando deba oírse. Así, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. "La paternidad de hecho", *op. cit.*, p. 197.

Se especifica la naturaleza jurídica y el contenido de la autoridad familiar (cfr. art. 88 CDFA)[614], de modo que ésta es "automática" desde que el cónyuge del progenitor se hace cargo, por su voluntad, de la educación y crianza del hijo no común, y engloba, en el ámbito personal, los derechos y deberes que son propios de los progenitores y excluye la gestión de los bienes del hijo no común[615].

En cuanto a esto último, un sector de la doctrina ha señalado que la separación entre autoridad familiar y gestión de bienes favorece la concesión del ejercicio de la autoridad familiar a un tercero, ya que no habrá de gestionar necesariamente los bienes del menor[616].

---

[614] Enuncia el precepto que

"1. La autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor.

2. Se estará al orden y al contenido señalados por la ley, salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos en el ejercicio de su autoridad familiar hubiera establecido otra cosa en instrumento público.

3. Esta autoridad familiar, en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor.

4. Si no viven los padres, solo por motivos de mal trato o incumplimiento de dicha función podrá ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad.

5. La autoridad familiar de otras personas se podrá hacer constar en el Registro Civil".

[615] Puede inferirse de la ley que la autoridad familiar -de los progenitores, pero que puede competer a otras personas cuando la ley así lo disponga- consiste en el conjunto de "poderes" otorgados a sus titulares para que puedan cumplir con su deber de crianza y educación del hijo o menor a cargo -art. 63 CDFA-. Su ejercicio se hará siempre en interés del menor -art. 64-. En consecuencia, parece que no incluye *per se* la gestión de los bienes del hijo -*vid*. también art. 65 CDFA, que se refiere a un contenido de naturaleza meramente personal, e incluye el deber de "corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos", deber eliminado del artículo 154 CC, pero aún vigente en Aragón, pues-, con independencia de que esta corresponda en principio a los progenitores. También, del art. 94.1 CDFA, que establece que "Cuando corresponda a los padres la gestión de los bienes del hijo, incluida la disposición hasta que este tenga catorce años, ejercerán esta función conforme a lo dispuesto para la autoridad familiar; (…)", pareciera que contempla como distintas ambas funciones. Y es más o menos así, pues, dispone el artículo 9.1 CDFA que "La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en defecto de ambos, al tutor". Por tanto, la administración o gestión de los bienes del menor es una función aneja a la autoridad familiar pero, como se expresa en el Preámbulo III, 9 del CDFA, no esencial a la misma, y gracias a ello el legislador puede otorgar cada una a personas distintas -como es el caso de la autoridad familiar del padrastro o madrastra, que lleva escindida la gestión del patrimonio del menor, o el caso de la gestión de los bienes por el tutor real mientras los progenitores ejercen la autoridad familiar-.

[616] TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, p. 151. Aclara la autora que la autoridad familiar no se corresponde con la patria potestad, sino que se trata de "una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación".

Finalmente, se debe apuntar que el menor no emancipado debe obediencia a sus guardadores legales, siempre que ello no consista en algo ilícito o inmoral (cfr. art. 5.5.º CDFA).

Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat.)[617], relativo a la persona y la familia, establece algunas novedades en el sistema de familia. En lo que aquí interesa, introduce la figura del cónyuge o pareja estable del progenitor que convive con el menor y regula algunos aspectos de la relación entre éste y el hijo no común[618].

En concreto, esa regulación se contiene en los artículos 236-14 y 236-15 CCCat., ubicados en el Capítulo VI -Potestad parental-, Sección 2.ª, dedicada al "ejercicio de la potestad parental".

Se regulan las "facultades" reconocidas al cónyuge o pareja estable del progenitor "que en cada momento" ostenta la guarda del menor[619], tanto si están casados como si se trata de la pareja de hecho estable[620], siempre que convivan en el mismo hogar (cfr. art. 236-14 CCCat.)[621].

---

[617] El Código Civil de Cataluña ha sido configurado de un modo poco común. Su carácter abierto ha permitido la introducción progresiva en su articulado de las leyes que aprueban los distintos libros que lo componen, sobre todo debido a su forma de numerar los preceptos. Así, simplifica el proceso de anexión de nuevas normas que, con el tiempo, se aprueben. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "El Codi Civil de Catalunya. Les competències legislatives, el procés de codificació", *Activitat parlamentària*, nº 16, 2008, pp. 36-37.

[618] Se ha puesto de relieve que esta regulación ha sido efectuada para dar respuesta a los problemas más comunes del día a día que genera la convivencia, ya que la posición jurídica del cónyuge o pareja del progenitor es de mero guardador de hecho -cuando, en realidad, es algo más- y el régimen jurídico de esta figura resulta insuficiente para resolver los problemas que acontecen en esta concreta situación de hecho, lo cual puede derivar en un perjuicio para el menor. *Vid*. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestad parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, pp. 118-119; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 180; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", *op. cit.*, pp. 76-77; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestat parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 69.

[619] En este sentido, expresa el artículo 236-11.5.º CCCat. que "Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido".

[620] También en la doctrina se realizaron propuestas a propósito de la regulación de la figura del cónyuge del progenitor -que, en su caso, incluía sin distinciones a la pareja estable-. *Vid*.

Significa que, si existiese un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, durante el período que el menor permanezca junto a uno de ellos será el cónyuge o pareja de éste el titular de estas facultades. Se podría ver del siguiente modo: al igual que los progenitores del menor tienen compartida la custodia del mismo, las parejas de aquéllos tienen compartidas estas facultades que reconoce el artículo 236-14 CCCat.[622].

Cabe preguntarse, sin embargo, si es correcta la aplicación de este precepto al cónyuge o pareja del progenitor visitante en el supuesto de que exista un régimen de guarda exclusiva, durante el tiempo que el menor permanezca con ellos. El artículo exige la convivencia de todos ellos. Si se interpreta que el derecho de visitas del progenitor no es más que una custodia reducida con respecto a la del otro cónyuge[623], no parece desproporcionado reconocerle esas facultades a la pareja de ese progenitor durante el tiempo que conviva con ellos, por limitado que sea. Piénsese, además, que los períodos de estancia suelen ser más largos en vacaciones. Además, parece

---

GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, pp. 15-20. Hoy en día muchas de ellas vienen recogidas en el Libro II del CCCat.

[621] El texto del artículo es el siguiente:

"Artículo 236-14. Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor.

1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria.

2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor.

3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor".

[622] En este punto, se debe recordar lo expuesto *ut supra* acerca de la actual generalización de la atribución de la guarda y custodia compartida en los sistemas jurídicos españoles que han regulado esta materia, que son el derecho de Aragón (art. 80.2.º CDFA), el derecho catalán (art. 233-10.2. en relación con art. 233-8.1 CCCat.) y el derecho navarro (art. 3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres). También es la línea marcada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 257/2013 (Sec. 1.ª), de 29 de abril de 2013, Roj: 2246/2013, seguida, entre otras, en SSTS 200/2014 (Sec. 1.ª), de 25 de abril de 2014, Roj: STS 1699/2014, 619/2014 (Sec. 1.ª), de 30 de octubre de 2014, Roj: STS 4342/2014 y 616/2014 (Sec. 1.ª), de 18 de noviembre de 2014, Roj: STS 4608/2014, y 579/2017 (Sec. 1.ª), de 25 de octubre de 2017, Roj: STS 3755/2017, a pesar de la necesidad de una reforma del Código Civil, que aún la contempla para casos de acuerdo entre los progenitores o por decisión del juez con carácter excepcional.

[623] Se debe recordar que la diferencia entre custodia y visitas es más cuantitativa que cualitativa, porque durante el tiempo que el menor permanece con el progenitor visitante, éste ejerce los mismos derechos y deberes que el progenitor custodio. En este sentido, PINTO ANDRADE, C. "La custodia compartida en la práctica judicial española… *op. cit.*, pp. 146-147.

adecuado considerar que, durante ese tiempo, la vivienda donde conviven se identifica con el domicilio familiar. A mi juicio, parece claro que, si la norma alude al que tenga la guarda "en cada momento", esta postura es la correcta.

Delimitados los sujetos, precisa saber cuál es el contenido concreto de esas facultades. Se establece el "derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a" la vida diaria del menor (cfr. art. 236-14 CCCat., apdo. 1.º). En este sentido, no es titular de la "potestad parental" sobre el menor, pero está facultado para tomar decisiones, a igual que el progenitor, relativas a la persona del menor -nunca respecto a su patrimonio-[624]. Pero, con toda lógica, en caso de desavenencia entre los miembros de la pareja se impone el parecer del progenitor (cfr. apdo. 2.º)[625]. Y, al igual que se exige para el ejercicio de la potestad parental, se ejerce en interés de los menores, "de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo" (cfr. art. 236-2 CCCat.).

En cuanto a la extinción de las funciones, parece lógico que tendrá lugar por las mismas causas por las que finaliza la potestad parental: fallecimiento o declaración de fallecimiento del cónyuge o pareja del progenitor o del hijo no común, la adopción del menor -que, si se hace por el propio cónyuge o pareja del progenitor, pasará a ostentar la titularidad de la potestad parental-, la emancipación o mayoría de edad del hijo no común y la declaración de ausencia de alguno de los dos (cfr. art. 236-32 CCCat.). Asimismo, a la muerte del progenitor custodio, la potestad parental vuelve al otro progenitor, en principio (cfr. art. 236-15 CCCat.).

Un sector doctrinal sostiene que la pareja del progenitor puede ser cesado de sus facultades por la autoridad judicial, a instancia de los progenitores del menor y, tal vez, también del propio menor; asimismo, aunque nada se establezca, es lógico pensar que el fin de la convivencia o el divorcio supone la extinción del estatus jurídico del cónyuge o pareja del progenitor. Aunque no se prevea, parece conveniente pensar que el progenitor no custodio que comparte la potestad parental pueda solicitar al juez la cesación de aquél en las facultades conferidas si el interés

[624] En este sentido, cuando se encontraba en fase de Anteproyecto, un sector doctrinal señalaba que trataba de facultar al cónyuge o pareja estable del progenitor, en atención al interés del menor, en los asuntos relativos a su educación, la atención de sus necesidades ordinarias y otras cuestiones que le conciernan y sean cotidianas. Así, SOLÉ RESINA, J. "El tractament legal dels nous models familiars", *Barcelona societat: Revista de coneixement i anàlisi social*, nº 15, 2008, p. 61.

[625] A este respecto, se ha sostenido que podría aplicarse, supletoriamente, el régimen de la patria potestad conjunta, ya que al igual que en este caso, los cónyuges actúan conjuntamente. Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit*,, p. 64.

del menor así lo reclama. Por otro lado, parece que el cónyuge o pareja del progenitor puede renunciar a su estatus, ya que sus funciones no son las propias parentales, o concluir un acuerdo con el progenitor custodio[626].

Algunos autores consideran que, a pesar de que el CCCat. no especifique los deberes de los hijos no comunes, como contrapartida de las facultades reconocidas al cónyuge o pareja de su progenitor en el artículo 236-14 CCCat., los menores deben respetar y cumplir las decisiones que tome aquél[627]. Como se veía a propósito del Código Civil, esto es lo adecuado y así debería venir recogido expresamente en ambas normas[628].

En cuanto al derecho civil gallego, me gustaría realizar una observación. Es cierto que no regula la figura del padrastro o madrastra. Sin embargo, parece entreverse una puerta abierta a ciertos derechos del mismo de la lectura del artículo 16 de la Ley 2/2006, de 14 de junio[629]. En efecto, los artículos 16 y siguientes de la Ley están dedicados al acogimiento familiar de los menores que se encuentran bajo la guarda administrativa. Se percibe que, tal vez, en caso de que un menor esté bajo

[626] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, pp. 65 y 67-68; RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El *status* jurídico del padrastro/ madrastra en el Código Civil de Cataluña", op. cit., p. 2211. En este último trabajo, el autor precisa que la renuncia a las facultades otorgadas por la ley no se puede extender al deber de mantener al hijo no común como forma de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia ni al poder de adoptar medidas de protección del menor en casos de urgencia o necesidad, pues este es obligatorio en atención al interés del menor. En esta misma línea, se ha manifestado que el cónyuge o pareja del progenitor está facultado por la ley, pero no obligado, a participar en las decisiones a que se refiere el precepto. Así, LÁZARO PALAU, C.M. "Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituidas", *Actualidad Civil*, nº 6, 2016, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjYxMTIWK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAvpuevkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

[627] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, p. 64.

[628] El artículo 236-17.3.º CCCat. es el homólogo del artículo 155.1.º CC. Se refiere a las relaciones entre padres e hijos y establece que "Los progenitores y los hijos deben respetarse mutuamente. Los hijos, mientras están en potestad parental, deben obedecer a los progenitores, salvo que les intenten imponer conductas indignas o delictivas". Un punto positivo a favor de la norma catalana es que refleja la reciprocidad del deber de respeto.

[629] Establece la Ley de derecho civil de Galicia en su artículo 16:

"1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

2. Salvo que el interés de la persona menor lo desaconseje, se procurará el acogimiento familiar de una persona o de las personas que formen parte de la familia o entorno de origen del menor, evitando su erradicación del propio ámbito familiar y social".

guarda administrativa y se disponga su acogimiento familiar, siempre que el interés del menor no exija otra cosa, sería posible que el cónyuge de su progenitor con el que convivía antes de la constitución de la guarda administrativa pudiera tenerlo en situación de acogimiento, siempre que no esté en situación de desamparo (cfr. art. 16, apdo. 2.º).

El código civil neerlandés o *Burgerlijk Wetboek* -en adelante BW- contiene disposiciones que regulan las relaciones entre el menor y el cónyuge del progenitor, con el que convive, introducidas en el año 2001[630].

Se debe advertir, previamente, que el derecho neerlandés distingue entre autoridad parental (*ouderlijk gezag*) y tutela (*voogdij*) (cfr. art. 1:245 § 2 BW). El ejercicio de la primera puede corresponder a ambos progenitores, a uno sólo, o a uno de ellos y a su pareja. El ejercicio de la segunda, sin embargo, puede otorgarse a una o más personas distintas de sus progenitores (cfr. art. 1:245 § 3 BW)[631].

El BW confiere, *ope legis*, el ejercicio conjunto de la autoridad parental a un progenitor y a su cónyuge o pareja registrada si el niño nace durante esta relación, y siempre y cuando el menor no tenga relación familiar alguna con su otro progenitor (cfr. art. 1:253sa § 1 BW). Se les aplica el régimen legal de la autoridad conjunta de los progenitores, con alguna excepción (cfr. art. 253sa § 2 BW)[632].

---

[630] Consultada su traducción al inglés en http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm el 26/07/2020. Se trata, por lo que parece, de la regulación más completa que se ha efectuado hasta el momento para este tipo de relación familiar, pues se compone de varias disposiciones específicas y de la aplicación por extensión de gran parte del régimen de la autoridad parental conjunta.

[631] BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 73.

[632] Son disposiciones de interés que operan *ope legis* las siguientes:

- Se establece el deber del menor de obedecer, en el desempeño de su función, a quienes ejerzan la autoridad parental y, de forma curiosa, también contempla el deber del menor de tener en consideración los intereses de otros miembros de la familia de la que forma parte -art. 1:249 BW, precepto que se aplica al caso del cónyuge o pareja del progenitor por disponerlo el art. 1:253v § 1-.
- Del mismo modo, se mantiene en el ejercicio de la autoridad parental al cónyuge o pareja registrada si su consorte pierde la capacidad legal, si bien éste puede recuperarla si desaparecen las causas por las que fue incapacitado -art. 1:253q § 1 BW, que también se aplica al caso del cónyuge o pareja del progenitor por mandato del artículo 1:253v § 1.
- Se atribuye la tutela al cónyuge o pareja registrada del progenitor si éste fallece y ambos ejercían la autoridad conjunta sobre el menor. No se trata de un supuesto de atribución en detrimento del otro progenitor, sino de una continuidad en las funciones que ya venía ejerciendo, pues lo que realmente se hace es transformar la autoridad parental en tutela, ya que aquélla no puede ser ejercida en exclusiva por un tercero -art. 1:253x BW-. Es interesante comparar esta solución con la del

En cuanto al contenido de la autoridad parental -también de la tutela-, comprende la persona del menor[633], la administración de sus bienes y su representación en la realización de actos de derecho civil en los ámbitos judicial y extrajudicial (cfr. art. 1:245 § 4 BW). Parece, por tanto, que se corresponde con la patria potestad en derecho español, y no se trata simplemente de una guarda y custodia. De hecho, se equipara esta autoridad conjunta a la homóloga ejercida por los progenitores -la propiamente parental-, y le extiende la aplicación de su régimen salvo que una disposición legal establezca lo contrario -como es el caso del art. 253sa § 2 BW, citado *ut supra*- (cfr. art. 1:245 § 5 BW).

En la doctrina italiana, también se ha mostrado preocupación sobre la necesidad de ofrecer un "reconocimiento jurídico" a las relaciones creadas dentro de una familia recompuesta y basadas en vínculos sociales y afectivos[634]. Sin embargo, y al contrario que en los derechos referidos *ut supra*, el *Codice Civile* no atribuye ni contempla que se pueda atribuir, en ningún caso, el ejercicio de la *responsabilità genitoriale* a terceras personas[635].

CCCat., que opta por la solución contraria, es decir, por defecto la potestad parental regresa al progenitor superviviente.

[633] El artículo 1:247 BW concreta, además, el alcance de la autoridad parental, que comprende el deber y el derecho de cuidar y educar al menor (§ 1), lo que incluye cuidar al menor y asumir la responsabilidad sobre su bienestar mental y físico y sobre su seguridad, así como promover el desarrollo de su personalidad. Prohíbe, además, el uso de la violencia física o psicológica o cualquier otro trato degradante en el ejercicio de su función (§ 2). Finalmente, la autoridad parental obliga a fomentar el vínculo con el otro progenitor (§ 3). Por su parte, el artículo 1:253v § 1 extiende, expresamente, la aplicación del anterior precepto a la autoridad conjunta del progenitor con un tercero.

[634] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 7. La autora considera conveniente la regulación de una delegación de funciones concretas y puntuales, si bien bajo ciertos requisitos y para algunas circunstancias, el establecimiento de mecanismos de control judicial para la atribución al *genitore sociale* de un papel de apoyo al progenitor del menor y la fijación de un período temporal que garantice la consolidación de la relación entre el menor y el *genitore sociale* (p. 22). También se ha puesto de relieve cómo la presencia del nuevo cónyuge del progenitor en la vida del menor puede influir considerablemente en el desarrollo de su personalidad. Así, SESTA, M. *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 2260. No obstante, otros autores han afirmado que el estatus del *terzo genitore* no es una de las cuestiones más debatidas en la doctrina italiana, y desde luego muy por detrás que en otros países europeos. En este sentido, SAITTA, P. *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, C.I.R.S.D.I.G., Mesina, Università degli Studi di Messina, 2006, p. 25; STANZIONE, M.G. "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *Comparazione e diritto civile*, 2013, p. 30.

[635] En derecho italiano, la *responsabilità genitoriale* corresponde a los progenitores (art. 316 del *Codice Civile*). En caso de que un juez prive de la misma a ambos progenitores en virtud de lo dispuesto por el art. 330 CC, hayan fallecido o no puedan ejercerla por otras razones, se procede a constituir la tutela del menor (art. 343 CC).

La solución hasta ahora proporcionada por el legislador italiano ha sido introducida en virtud de la *legge 184/1983*[636]. Se regula la llamada *adozione particolare*, a la que puede recurrirse en estos casos: establece la posibilidad de adoptar al hijo, natural o adoptivo, del otro cónyuge (cfr. art. 44, letra *b*)[637]. Un sector de la doctrina italiana sostiene que no hay supuesto que asemeje más la relación entre el *terzo genitore* y el hijo no común al *affido familiare* que éste[638]. No obstante, el recurso a este tipo de adopción puede originar ciertos inconvenientes dentro de las familias reconstituidas. El más evidente es la existencia del otro progenitor que no es cónyuge del adoptivo. Este tipo de adopción puede tener lugar tanto si se pretende llenar un vacío parentofilial sobre el menor como si éste conserva a sus dos progenitores que ejercen su potestad sobre el menor[639]. En este caso, siempre que se verifiquen todos los requisitos, entre ellos el consentimiento de los progenitores del menor, el *genitore sociale* sobreviene *genitore adottivo*. La consecuencia no es la sustitución de una autoridad parental por otra, sino la suma de todas pues, salvo que

---

[636] Consultada en https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1983-05-17&atto.codiceRedazionale=083U0184&elenco30giorni=false el 26/07/2020.

[637] En virtud de la *legge 184/1983*, para la constitución de la adopción es necesario el consentimiento del adoptante y del adoptando, si ha cumplido los catorce años. La ley no exige el consentimiento del adoptando menor de catorce años, pero sí que sea oído, en todo caso si tiene doce años y, si no los ha cumplido aún, siempre que tenga el suficiente juicio, así como su representante legal (art. 45). Resulta llamativo el hecho de que no se exija el consentimiento del representante legal del menor. Por otro lado, deben asentir a la adopción los progenitores del adoptando y su cónyuge, en caso de que exista. En los casos de incapacidad o imposibilidad para prestar su asentimiento, el Juez puede prescindir de ellos y acordar la adopción. Si rechazan la adopción, el Juez puede acordar la adopción igualmente si se dan los siguientes requisitos: 1- Debe solicitarse la continuación del procedimiento por el adoptante (no cabe que el Juez actúe de oficio); 2- Debe darse audiencia a los progenitores y al cónyuge del adoptando, de haberlo; 3- El rechazo de aquéllos debe ser injustificado o contrario al interés superior del menor; 4- El rechazo no debe proceder del cónyuge con el que el adoptando conviva ni de los progenitores que ejerzan la responsabilidad parental (art. 46).

[638] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, p. 236.

[639] Así, ha sido observado que no parece necesario que deba darse un abandono por parte del otro progenitor. SESTA, M. *Codice della famiglia*, *op. cit.*, p. 2260; RUSCELLO, F. *Lineamenti di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 239; RUSCELLO, F. *Diritto di famiglia*, Pacini, Pisa, 2017, p. 270. Este tipo de adopción, a pesar de la regla general de la biparentalidad, permite que, en las familias reconstituidas, el cónyuge del progenitor pueda adoptar al menor sin necesidad de excluir a ninguno de sus progenitores. *Vid*. también BUZZELLI, D. *La famiglia "composita"*, *op. cit.*, pp. 183-185.

el juez aprecie que sea contrario al interés del menor, la adopción no rompe los vínculos con el progenitor[640].

El contenido de la relación surgida con la *adozione particolare* de la ley no es exactamente el mismo que el derivado de la *responsabilità genitoriale* del artículo 330 del *Codice Civile*, que ostentan los progenitores del menor. Tiene efectos de carácter personal y patrimonial: corresponde al adoptante y a su cónyuge la *potestà* conjunta sobre el menor y su ejercicio, el deber de mantenimiento, instrucción y educación del menor en el sentido del artículo 147 del *Codice*[641], y también la administración de sus bienes[642]. No se tiene, sin embargo, el *usufructo legale* sobre

[640] AULETTA T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *op. cit.*, p. 50. Así, en efecto, el art. 300 del *Codice Civile* -relativo a la adopción de mayores de edad y extensible a la adopción en casos particulares por mandato del art. 55 de la L. 184/1983- dispone que el adoptado conserva todos los derechos y deberes con respecto a su familia de origen y no crea vínculos legales con los parientes del adoptante y viceversa; en ambos casos, a excepción de que por ley se establezca lo contrario. Tampoco otorga derechos sucesorios al adoptante (art. 304 del *Codice Civile*). En el mismo sentido, FERRANDO, G. "La adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", La *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 11, 2012, p. 20679 ss., consultado en bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG9000006186PRNT&FTC=22026&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=e38c5c4aa7a847bf8e08ba68c70929c5-613&# el 26/07/2020. Del trabajo de esta autora se extrae que la opción por una solución u otra viene justificada en el interés del menor. A modo comparativo, en el derecho español vigente caben, como se sabe, dos tipos de adopciones: cerrada y, desde 2015, abierta. La primera, que tiene lugar con carácter general, extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, salvo algunos casos como que el adoptando sea hijo del cónyuge, con respecto de éste y su familia (art. 178.1 CC). La segunda, constituye una excepción de aquella norma: en algunos casos, se podrá fijar un régimen de comunicaciones o visitas con base en el interés del menor (art. 178.4 CC). La adopción del hijo del cónyuge está prevista para los casos en que el menor haya devenido huérfano del otro progenitor, que éste preste su asentimiento a la adopción o que haya sido relegado del ejercicio de la patria potestad sobre el menor (*cfr.* artículos 175.3 y 177 CC).

[641] El artículo 147 del *Codice Civile* impone estos deberes a los cónyuges y establece que deben hacerlo de acuerdo con su capacidad, tendencias naturales y aspiraciones. También deberán tenerse en cuenta las del hijo de acuerdo a lo previsto en el artículo 315 *bis*, precepto que establece, asimismo, el derecho del hijo a crecer en familia y a mantener relaciones significativas con sus familiares y parientes, así como el deber de éste de respetar a sus progenitores y de contribuir al mantenimiento de la familia mientras conviva con ella, de acuerdo con su capacidad. Cierto sector de la doctrina ha sostenido que la interpretación más acorde a la *ratio* de la norma parecer ser que corresponde tanto al progenitor custodio como al adoptivo, de forma separada, las decisiones sobre las cuestiones ordinarias, pero aquellas decisiones de importancia deben ser adoptadas por todos conjuntamente, incluido el progenitor no custodio. En caso de desavenencia, se hace precisa la intervención judicial. Se pretende, así, conciliar, por una parte, el respeto de las funciones parentales del progenitor no custodio y, por otro, investir de un rol autónomo al progenitor adoptivo en interés del menor, para equilibrar las relaciones en el seno de las familias reconstituidas. AULETTA T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *op. cit.*, p. 62.

[642] La administración de los bienes del menor debe hacerse conforme al artículo 382 del *Codice Civile*, que regula la responsabilidad del tutor o del "protutor". De ese modo, el adoptante debe

los bienes del menor (cfr. art. 48 L. 184/1983) y no se adquiere el s*tatus filiationis* ni una relación de parentesco entre el adoptado y el cónyuge del progenitor o sus parientes, sino que se conservan los vínculos de parentesco con la familia anterior (cfr. art. 300 del *Codice Civile*, extensible a la *adopzione in casi particolari* en virtud del art. 55 L. 184/1983).

Finalmente, si el ministerio público incoa el correspondiente procedimiento, el juez puede revocar la adopción cuando el adoptante o adoptantes incumplan los deberes que le son propios (cfr. art. 53 L. 184/1983). También cabe la revocación en caso de haber atentado el adoptando mayor de catorce años contra la vida del adoptante o sus familiares (cfr. art. 51) y viceversa (cfr. art. 52).

En cualquier caso, la solución que proporciona actualmente el derecho italiano no es la más apropiada[643]. La razón precisa de buscar cómo regular estas

---

cumplir su obligación con la diligencia de un buen padre de familia. En caso contrario, deberá responder por su mala gestión.

[643] Así lo ha puesto de manifiesto autorizada doctrina italiana por diferentes razones: la ley no distingue entre los casos en que el menor en cuestión es huérfano y en los que sus progenitores tan sólo se han divorciado; no deja claro la extensión de las potestades sobre el menor del *genitore adottivo* y del progenitor biológico; no puede hacer uso de ella el *genitore sociale* que es conviviente de hecho y no cónyuge; plantea muchas dudas en cuanto a la necesidad del asentimiento a la adopción por parte del progenitor no custodio, y una vez adoptado por el cónyuge de un progenitor no puede ser adoptado por el del otro, si lo hubiere. También plantea otras cuestiones que se podrían tener en cuenta en materia económica: por ejemplo, si el nuevo cónyuge está obligado a mantener al hijo del primer matrimonio o si se puede alterar o extinguir la obligación de mantenimiento del progenitor no conviviente por darse una obligación contributiva sobre la segunda familia. Además, la opción legislativa conculca derechos y principios recogidos en los la Convención de Nueva York, la Constitución italiana y la propia ley de adopción italiana, como el derecho del menor a crecer en la propia familia, el derecho a mantener las mismas relaciones con ambos progenitores, el de éstos a educar a sus hijos o el principio de igualdad -puesto que no trata por igual a las familias de hecho y a las matrimoniales-. Finalmente, la ley tampoco prevé las situaciones de crisis matrimoniales, es decir, la extinción de la nueva familia. Así, AULETTA, T. "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *op.cit.*, pp. 51-53 y 73; ID. "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, fasc. 3, 2015, pp. 640 -el autor tacha la solución dada por el art. 44, b) de la *legge 184/1983* de muy insuficiente al no proporcionar una solución a las principales dificultades que surgen a propósito de las familias reconstituidas y las relaciones entre sus miembros-. También se ha criticado la exclusión de la pareja conviviente extramatrimonial en el supuesto de *l'adozione in casi particolari* en CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 13-. Por su parte, Gilda FERRANDO señala que la demanda de regulación de la relación entre la pareja estable del progenitor y el hijo no común persigue lograr seguridad jurídica en las situaciones de riesgo que pueden tener lugar -como la muerte del progenitor o la ruptura de la pareja- y en los actos frente a terceros -como el colegio o las instituciones sanitarias-, así como asegurar la continuidad de la relación de afecto que se haya podido consolidar - FERRANDO, G. "La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri", *Famiglia e Diritto*, fasc. 10, 2016, consultado en http://bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG9000171665PRNT&FTC=3554&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=b496eedc6ce2b5f1694b13aa0b0f404f-163&# el 4/12/2017.

relaciones familiares es el hecho de que, como ya se ha puesto de manifiesto, las instituciones jurídicas tradicionales del derecho civil no resultan aptas para regular esta figura, que tiene una naturaleza jurídica propia y debe ser tratada de forma específica por el derecho. De este modo, no resultaría correcto recurrir a la institución de la adopción para regular este tipo de relaciones, ya que está pensada para casos totalmente diferentes[644]. No resuelve los problemas surgidos de la convivencia en que el cónyuge del progenitor no es ni progenitor, ni biológico ni adoptivo, sino que el único vínculo se basa en el matrimonio con su progenitor y en la convivencia de todos ellos.

En el derecho suizo, el ZGB contiene algunas disposiciones interesantes. Por una parte, se refiere al *patrigno* y a la *matrigna* (cfr. art. 299 ZGB). El precepto regula la obligación entre los cónyuges de prestarse la asistencia adecuada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos del otro, así como de representar al cónyuge donde las circunstancias lo requieran. Este precepto es muy similar al artículo 68 *in fine* CC, ya que la obligación se tiene para con el cónyuge y consiste en ayudarle en su tarea, si bien en el caso suizo, el legislador ha sido más claro al referirse expresamente a la ayuda en el ejercicio de la función parental de los hijos no comunes; ahora bien, a mi juicio, en el contenido y la forma de cumplimiento ambos resultan igual de imprecisos[645].

Por otra parte, el ZGB contempla lo que el Código llama *genitori affilianti*, que son terceros a los que se confía el cuidado de un hijo, de modo que ejercitan la autoridad parental en representación de los progenitores en la medida en que sea necesaria para el cumplimiento de su función y se reserven varias medidas -que el precepto no concreta- (cfr. art. 300 ZGB, apdo. 1.º). También se garantiza el derecho de audiencia de estos terceros antes de adoptar cualquier decisión sustancial relativa

---

[644] Algunos autores han señalado la necesidad de otorgar un reconocimiento jurídico a las relaciones derivadas de estas familias de forma distinta a las llamadas "*categorie tradicionali*". Así, CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 7.

[645] Se ha sostenido que, por ejemplo, el *patrigno/matrigna* puede representar al progenitor en el ejercicio de su autoridad parental en caso de enfermedad o ausencia de éste, o en caso de urgente necesidad, pero no está autorizado a intervenir en aquellos supuestos en que la ley requiere expresamente el consentimiento de los progenitores-tutores, como por ej. el art. 265a § 1 ZGB, sobre el consentimiento de la adopción del menor. En este sentido, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 407. En cualquier caso, no ostenta en modo alguno la autoridad parental, reservada en exclusiva a los progenitores legalmente reconocidos. En este sentido, BÜCHLER, A. "Family Law in Switzerland: Recent Reforms and Future Issues – an Overwiew", *European Journal of Law Reform*, vol. 3, 2001, p. 293.

al menor (cfr. art. 300, apdo. 2.º)[646]. En este caso, el legislador suizo tampoco es muy preciso. Se desprende que el *genitore affiliante* ostenta el ejercicio de la autoridad parental, pero no se especifica ni la forma o formas de atribución -por delegación y/o judicial-, ni el contenido concreto -qué funciones no puede desempeñar el tercero-[647]. Lo que sí está claro es que los progenitores continúan siendo titulares de la autoridad parental, ya que el tercero la ejercita en representación de éstos, y porque cuando la autoridad judicial priva de la autoridad parental a ambos progenitores, lo que se hace es nombrar a un tutor (cfr. art. 311 ZGB, apdo. 2.º; también art. 298 ZGB, apdo. 3.º).

Finalmente, el ZGB regula la llamada "potestad doméstica" (cfr. arts. 331 a 334 ZGB), que ejerce el cabeza de familia sobre todos aquéllos que conviven en el hogar familiar en virtud de ley, contrato o costumbre (cfr. art. 331 ZGB, apdo. 1.º) y se extiende a todos los que toman parte en la economía común, como parientes o familiares o trabajadores (cfr. art. 331 ZGB, apdo. 2.º). Los demás convivientes deben obedecer las reglas del cabeza de familia, pero éste habrá de considerar los intereses de todos (cfr. art. 332 ZGB, apdo. 3.º). Parece conveniente tener en cuenta estos preceptos, pues se podrían aplicar para regular la convivencia cuando el cónyuge del progenitor es el cabeza de familia, o uno de ellos.

Finalmente, no es posible la atribución de funciones parentales a la pareja registrada o de hecho del progenitor.

Por otra parte, se debe recordar que la Comisión de Derecho de Familia Europeo (*Commission on European Family Law*) ha elaborado una serie de Principios en materia de familia con el fin de adecuarlos a una armonización de los derechos de familia europeos y que, en esta labor, ha previsto dos circunstancias:

---

[646] Es interesante hacer notar que estos *genitori affilianti* tienen derecho a una compensación acorde con las tareas llevadas a cabo, a excepción de que las partes lo excluyan mediante acuerdo o que ello se desprenda claramente de las circunstancias -art. 294 ZGB, apdo. 1.º-, o que se trate de los hijos de parientes cercanos o de menores acogidos con fines de adopción -apdo. 2.º-.

[647] En cualquier caso, el contenido de la autoridad parental -que está dirigida a garantizar el bien del hijo -art. 296 ZGB, apdo. 1.º-, engloba los deberes de cuidado del hijo -art. 301 ZGB, apdo. 1.º-, educación -mediante la promoción y protección de su desarrollo físico, intelectual y moral- (arts. 301 ZGB, apdo. 1.º y 302 ZGB, apdo. 1.º), incluida la educación religiosa -art. 303 ZGB-, y de procurarle una formación general y profesional adecuada -art. 302 ZGB, apdo. 2.º-, la facultad de fijar su domicilio -art. 301*a* ZGB- y los deberes de representación -art. 304-306 ZGB- y administración de sus bienes -art. 318 y ss. ZGB-; es decir, que tiene un contenido homologable al de la patria potestad del CC español. El menor debe obedecer a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental -art. 301, apdo. 2.º ZGB-, por lo que es de entender que también le deben obediencia al *genitore affiliante* como contrapartida de sus funciones.

- Que alguien distinto de los progenitores ejerza la responsabilidad parental, en todo o en parte y de forma adicional o como sustituto.

- Que la pareja del progenitor que vive con el menor debe tener poder de decisión sobre cuestiones de la vida cotidiana de éste. Además, se toma la precaución de establecer como salvedad la negativa del otro progenitor que ejerza la responsabilidad parental[648].

Parece oportuno recordar que se ha percibido la profundidad de la transformación familiar de los últimos años, común a casi toda Europa, lo que justifica la necesidad de elaborar "un techo común de principios y normas". Se contradice así la creencia anterior sobre la especial dificultad de armonizar los derechos de familia europeos[649].

Los países que siguen el sistema de derecho anglosajón también se han preocupado de este tema. Se debe advertir que la expresión *stepparent* suele utilizarse por la doctrina anglófona como modo de referirse al cónyuge del progenitor, y no al conviviente en pareja estable, lo que es extensible, en general, a todos los *steps* -familiares de hecho-.

Por su parte, la doctrina jurídica estadounidense lleva décadas mostrando su preocupación y destacando la necesidad de regular muchos aspectos que afectan a las familias reconstituidas. De entre esos aspectos, se evidencia un especial interés por el reconocimiento de los hijos no comunes en la sucesión intestada[650].

---

[648] Principios 3:17 y 3:18 del documento "Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental". Consultada su versión oficial en español en http://ceflonline.net/principles/ el 26/07/2020.

[649] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, p. 11. Entre los autores que advertían la especial dificultad de armonizar el derecho de familia en Europa, al menos en su totalidad, es posible señalar a CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. "La unificación supranacional del Derecho de familia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, nº 3, 1977, pp. 621-622 y 630. No obstante, este autor reconocía el valor a los intentos de aproximación de estos derechos de familia.

[650] ENGEL, M. "Pockets of Poverty: The Second Wives Club – Examining the Financial (In)Security of Women in Remarriages", *op. cit.*, pp. 360-361; ID, "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies" *op. cit.*, pp. 10-11; FEIGENBAUM, K.A. "The Changing Family Structure: Challenging Stepchildren's Lack of Inheritance Rights", *op. cit.*, pp. 167-207; CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *op. cit.*, pp. 89-108; BOWMAN, C.G., "The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren", *op. cit.*, pp. 441-453; DAMPH, K.H. "Happily Ever After: Eliminating the 890 Usufruct to Protect the Blended Family", *op. cit.*, pp. 899-935.

Ese interés doctrinal, junto a algunas previsiones legales y pronunciamientos judiciales -derivado, todo ello, del mayor arraigo de las familias reconstituidas en la sociedad estadounidense-, evidencia que su derecho da mayor juego al objeto de reflexionar y proponer soluciones sobre los problemas que afectan a este modelo familiar, los cuales, por otro lado, parecen ser los mismos en todas partes del mundo[651]. Se debe recordar que, como en cualquiera de los demás derechos analizados, en el territorio de los EUA el "estado de la paternidad" -*status of*

[651] Un sector de la doctrina estadounidense ha señalado que delimitar el marco jurídico de las relaciones entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común no representa una prioridad para ningún Estado y que si algo tienen todos en común es el no saber qué tratamiento dar a estas familias (ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies", *op. cit*., pp. 5 y 7. Se refiere a los Estados que toma de referencia en su análisis, que son: Argentina, Canada, República Checa, Etiopía, Francia, Hong Kong, Israel, Italia, Japón, Malasia, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Suecia, Reino Unido (Inglaterra y Gales, Irlanda, y Escocia) y los Estados Unidos. Considera la autora que, de entre todos ellos, Suecia y Canadá son los Estados con más amplio reconocimiento de la diversidad familiar, al menos a la fecha del borrador). Se ha señalado que no se sabe con certeza el número de hijos no comunes que conviven en una familia (CHERLIN, A. "Remarriage as an Incomplete Institution", op. cit., p. 637). En los EE. UU., por ejemplo, no se lleva una estadística sobre el número de aquéllos que viven en el seno de una familia de hecho. En este sentido, se ha indicado que el *U.S. Census Bureau* infravalora el número de convivientes y sus hijos, ya que lleva la cuenta del número de hogares y no del número de parejas -que sería superior, por la posibilidad de que haya más de una pareja en algunos hogares- (BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 129). En la sociedad estadounidense, muchas son las voces en contra de reconocer estas familias y que reivindican la unidad de la familia -la del primer matrimonio-; sin embargo, se ha expuesto que, si las segundas familias suelen ser más estables, meditadas y satisfactorias para los sujetos divorciados que las primeras (en contra, BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 132. Esta autora sostiene la mayor fragilidad de los segundos y sucesivos matrimonios y, aún más, la de la mera convivencia con sucesivas parejas. Ello se basa en los datos del censo, que indicaba que alrededor de la mitad de primeros matrimonios acababan en divorcio, mientras que en el caso de segundos matrimonios la cifra alcanzaba el 60%. En este sentido, POLLET, S.L. "Still a Patchwork Quilt: A Nationwide Survey of State Laws Regarding Stepparent Rights and Obligations", *Family Court Review*, vol. 48, nº 3, 2010, p. 529) , no parece que la falta de unidad en el proceso de recomposición familiar traiga causa en los propios sujetos, sino más bien en la carencia de institucionalización de los matrimonios sucesivos (ello se extrae de las enseñanzas del trabajo de CHERLIN, A. "Remarriage as an Incomplete Institution", *op. cit.*, 1978, pp. 634-650). Ha sido un sector de la doctrina estadounidense quien ha puesto de relieve la superación social del tradicional paradigma de los "dos padres", lo cual se debe a las técnicas de reproducción asistida y el incremento de familias alejadas del esquema clásico. Sin embargo, ello ha dificultado mucho la determinación de a quiénes corresponde el estatus legal de padre o madre en el ámbito jurídico, puesto que la autoridad judicial está sujeta a la doctrina antedicha. Así, JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, pp. 309-310. Esta autora también ha confiado en que el estudio de los diferentes marcos que ofrece la procreación asistida, que constituye otro caso de paternidad o maternidad múltiple, pueda extrapolarse al caso de las familias reconstituidas (p. 313)].

parenthood- se reserva, por lo general, a los progenitores, ya sean biológicos o adoptivos[652].

El derecho federal no ofrece una definición estable de *stepfamily* ni un trato equitativo a los menores de estas familias con respecto a los demás. Además, los estados tienen competencia para desarrollar estas materias, por lo que se dan divergencias entre unas y otras legislaciones[653].

En relación a la procreación asistida, como contra, se ha señalado la posibilidad de que la mayor preocupación acerca del reconocimiento de la parentalidad múltiple se base en las dificultades que puede acarrear a la hora de alcanzar un consenso en las decisiones relativas al menor. Entre las ventajas, sin embargo, se halla la mayor garantía del cuidado del menor[654].

Entre las formas de configurar la parentalidad múltiple, hay quien sugiere que debe hacerse, pero sin otorgar, forzosamente, la plenitud de facultades parentales a todos ellos. Lo que se busca con el reconocimiento de la parentalidad es proteger las relaciones entre el menor y estos sujetos o, visto de otro modo, proteger a los "nuevos" modelos de familia[655].

Autorizada doctrina viene décadas advirtiendo de la necesidad de una reforma legislativa, ya que sólo se ha reconocido la custodia al *stepparent* tras divorcio o fallecimiento del cónyuge progenitor en pocos casos y mediante la tergiversación del *common law*, la interpretación en exceso amplia del derecho escrito o la aplicación

---

[652] MAHONEY, M.M. "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *op. cit.*, p. 81.

[653] ENGEL, M. "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies", *op. cit.*, pp. 7 y 9. Esta circunstancia ha sido puesta de relieve también al tratar la sucesión *mortis causa*. No muchos estados reconocen a los hijos no comunes entre los llamados a suceder al causante en la sucesión intestada. El primero fue California, que se queda corto en varios aspectos. *V. gr.*, sólo permite que el *stepchild* suceda al *stepparent,* pero no al revés -CREMER, T.B. "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *op. cit.*, p. 90-. Con carácter uniformador, el *Uniform Probate Code* de 1969, al que se han suscrito muchos estados, contiene normas relacionadas con la sucesión *mortis causa*. Sin embargo, el único caso en que se prevé que el *stepchild* suceda al *stepparent* es si éste hubiera procedido a su adopción (UPC, S. 2-119) (p. 92)].

[654] JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, p. 326. Se entiende que engloba el apoyo emocional y económico.

[655] JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, pp. 335 y 339.

análoga de un criterio previsto para otro tipo de custodia[656]. Se han perfilado algunas circunstancias en que es más probable el reconocimiento de la custodia al s*tepparent*. *V.gr.*, el supuesto en que una madre ha hecho creer a su marido que es el progenitor de su hijo y aquél ha ejercido las funciones parentales desde el nacimiento, o el caso de muerte del progenitor custodio, cuando el s*tepchild* ha vivido con éste y su cónyuge durante un tiempo previo al fallecimiento, o cuando el progenitor se ausenta y deja la custodia de hecho a su cónyuge durante mucho tiempo[657].

Puede concluirse que el estado de la materia en el derecho estadounidense se traduce en un muy escaso reconocimiento legal de estas familias, debido a una preocupante carencia de coherencia entre materia y entre estados y que lo poco que hay se limita a unas cuantas excepciones judiciales y legislativas -estas últimas aisladas e internas de algunos estados-[658].

En general, entre las formas analizadas de atribución *ex lege* de determinadas funciones de guarda o cuidado del hijo menor no común (sean cuales sean el alcance y naturaleza de las funciones), se observa una gran divergencia entre legislaciones y, en mi opinión, ninguna termina por satisfacer. Las regulaciones más completas en este contexto son la aragonesa, la catalana y la neerlandesa, siendo esta última la única que permite el ejercicio de las funciones de representación y administración de los bienes del menor al cónyuge o pareja registrada del progenitor. No obstante, restringe bastante los casos en que se podrán ejercer estas funciones, ya que no puede tener lugar cuando el menor ha nacido antes del inicio de la relación conyugal o de pareja ni cuando el menor tenga relación con su otro progenitor. La norma catalana posibilita, además, el ejercicio de estas funciones por el cónyuge o pareja tanto de un progenitor como de otro. Sin embargo, a mi juicio, debe tenerse en cuenta que otras legislaciones han podido responder a estas situaciones recurriendo a otra forma de atribución de esas funciones.

[656] BARTLETT, K.T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status…, *op. cit.*, p. 917.

[657] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 139.

[658] MAHONEY, M.M. *Stepfamilies and the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994, p. 12.

1.5. Posibilidad de acuerdos entre los progenitores (delegación)

Cabe preguntarse, también, si es posible la conclusión de acuerdos entre las partes implicadas -los progenitores y el cónyuge de uno de ellos o los cónyuges de ambos- mediante los cuales se deleguen funciones parentales a los últimos en relación a los hijos de los primeros que conviven con ellos.

El Código Civil no contempla la posibilidad de atribuir, contractualmente, el ejercicio de funciones parentales al cónyuge del progenitor que convive con el menor.

Lo primero que debe dejarse claro es que, en todo caso, los supuestos en los que se permitiría al cónyuge no progenitor tomar ciertas decisiones relacionadas con el menor constituirían una especie de "ejercicio efectivo transitorio", pues no se podría atribuir nunca la titularidad de la función parental. Como es de sobra conocido, ésta es irrenunciable e indisponible, por lo que no es admisible su renuncia mediante acuerdo o convenio regulador. La función parental, como función e "institución de orden público, sometida a la vigilancia del juez" y que se ejercita en interés de los hijos, no puede ser observada como un derecho subjetivo en ningún caso[659]. Sólo es posible su privación mediante sentencia judicial (cfr. art. 170 CC). No obstante, y como ha señalado un sector doctrinal, puesto que la función parental corresponde a los progenitores, el *quid* no radica en pactar con terceros sobre aquélla[660]. Tampoco se podrían delegar, de forma absoluta, todas las funciones que conforman el contenido de aquélla, porque eso podría considerarse una renuncia encubierta.

En resumen, se parte de que, a lo sumo, sólo se podrían delegar -que no transferir- el ejercicio -que no la titularidad- de algunos -que no todos- deberes y facultades inherentes a la función parental. Además, cabría plantearse si, al ser la misma irrenunciable conforme al derecho vigente, la actuación del consorte devendría injustificada si alguno de los titulares de la función parental estuviera en disposición de ejercerla en el momento en cuestión. Para ofrecer una respuesta parece imprescindible conocer si su ejercicio también es irrenunciable e indisponible por completo. En otras palabras, es preciso conocer hasta dónde alcanza la autonomía de la voluntad de los progenitores para establecer estos acuerdos.

[659] ZURITA MARTÍN, I. "Madres e hijos: la patria potestad", en CERVILLA GARZÓN, M.D. FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Eds.), *Mujer, familia y derecho*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 68-69.

[660] TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros... op. cit.*, p. 35.

El derecho de familia ha sido considerado, tradicionalmente, como una rama del ordenamiento jurídico sustraída de la autonomía de la voluntad de las partes. La filiación, en concreto, es una materia indisponible por los particulares en su plenitud.

Se ha criticado la falta de justificación de poner límites a los pactos más allá de los que se correspondan con la protección de los derechos fundamentales de sus partícipes. En cuanto a la tutela de otros derechos o intereses de terceros -como los menores-, el derecho ya contempla la fuerza que deben tener esos acuerdos[661].

En el ámbito doctrinal, algunos autores se han planteado varias cuestiones relativas a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como sus límites o la validez de los distintos modos de pactar. De este modo, los cónyuges pueden celebrar capitulaciones matrimoniales, un convenio regulador de la crisis matrimonial y hasta ciertos "negocios atípicos"[662].

---

[661] ROCA TRÍAS, E. "Familia, formas familiares y economía. Dos ensayos sobre metodología del derecho de familia", en ROCA I TRÍAS E., GUILARTE GUTIÉRREZ V., *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 79-80. A este respecto, recuerda la autora que el concepto del interés superior del menor no tiene un contenido únicamente público, ya que tanto los poderes públicos como los particulares -en concreto, los titulares de la función parental- deben encargarse de poner en funcionamiento aquél principio. En este caso, entiendo que la naturaleza funcional de la función parental no sólo justifica, sino que reclama de sus titulares la conclusión de los pactos necesarios entre ellos o entre ambos y el cónyuge de cualquiera de ellos para la efectividad del superior interés del menor.

[662] En el convenio regulador, como en las capitulaciones, la autonomía de la voluntad debe respetar el principio de igualdad de los cónyuges, por lo que están sujetos a la vigilancia del juez. Los cónyuges pueden celebrar, también, unos "contratos familiares atípicos" en el derecho común -aunque típicos en el derecho catalán (están previstos en el art. 233-5 CCCat. como acuerdos adoptados tras la cesación de la convivencia no incorporados a una propuesta de convenio regulador)-, y admitidos de alguna forma por el Tribunal Supremo. Tienen la forma de las capitulaciones matrimoniales y se otorgan con ocasión de una crisis matrimonial y, tal vez, para regular futuras crisis. El TS, por un lado, ha admitido la validez de estos contratos sobre algunos aspectos económicos con motivo de una crisis matrimonial, si bien requiere que no tengan que ver con los hijos; por otro lado, ha reconocido la validez de los "contratos familiares atípicos" "complementarios, o no de convenios reguladores", en la STS 26 enero 1993, STS 1151/1997 (Sec. 1.ª), de 19 de diciembre de 1997, Roj: STS 7874/1997 o STS 325/1997 (Sec. 1.ª), de 22 de abril de 1997, Roj: STS 2817/1997 [a este respecto, la doctrina sentada por la Sala Primera clarifica que el convenio regulador de la crisis matrimonial -tal y como lo concibe el art. 90 CC-, para ser tal, ha de ser objeto de aprobación judicial; si bien, tal homologación no es requisito para su validez como negocio jurídico -de hecho, el Juez tan sólo verifica que su contenido no sea "gravemente perjudicial" para alguna de las partes o los hijos, pero no entra a valorar, por ejemplo, la concurrencia de vicios del consentimiento-, y así define su naturaleza como de negocio jurídico de derecho de familia, a través del que se manifiesta "el modo de autorregulación de sus intereses querido por la partes" (STS 9/1993 (Sec. 1.ª), de 26 de enero de 1993, Roj: STS 209/1993, FD 3º), o dicho de otro modo, es "expresion del principio de autonomía privada" (STS 325/1997, de 22 de abril de 1997, FD 1º). El convenio regulador aprobado judicialmente tiene la ventaja de gozar de la "eficacia procesal" correspondiente. El convenio no homologado judicialmente, carece de eficacia procesal, pero tiene eficacia como negocio jurídico, y es válido en tanto concurran

Sin embargo, cuando se trata de las relaciones entre progenitores e hijos, los pactos entre los primeros se hallan sometidos a dos condiciones infranqueables: a) previsión legal: el contenido de los pactos debe ceñirse a lo previsto en la ley, y b) aprobación judicial: los acuerdos necesitan del control judicial, lo que es una clara consecuencia del carácter indisponible de la función parental. La justificación de estas condiciones -su imperatividad- se halla en que están proyectadas de forma exclusiva en interés de los hijos, por lo que, por su objeto, quedan fuera del poder de disposición de los progenitores[663]. Por ello, se debe concluir que, de acuerdo con la legislación vigente, no es posible la delegación de funciones parentales por elementales que sean[664], más allá de la delegación en casos de guarda y acogimiento

---

los elementos esenciales del contrato -consentimiento, objeto y causa- y no exista razón para su invalidez (STS 325/1997, de 22 de abril de 1997, FD 3º). Lo mismo se ha predicado de los pactos celebrados por las partes a través de documento privado para establecer su separación de hecho y trazar unas capitulaciones matrimoniales que se comprometen a otorgar posteriormente, en las que además de las disposiciones proyectadas, se establezca el régimen de separación de bienes y se practique su liquidación (STS 1151/1997, de 19 de diciembre de 1997, citada, FD 2º)-]. Los requisitos para la validez de estos "contratos familiares atípicos" son los siguientes: "a) que los acuerdos entre los cónyuges son válidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que concurran los requisitos exigidos para los contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa; b) que no es necesaria la homologación judicial para su eficacia, puesto que precisamente la discusión sobre su validez se plantea por defecto de homologación; c) que tienen efectos *inter partes* y no pueden proyectar su eficacia frente a terceros, seguramente por su falta de publicidad; d) que tienen los límites impuestos en general a la autonomía de la voluntad de los cónyuges (…) y e) que no pueden ser discutidos en el procedimiento matrimonial, sino en un declarativo ordinario". En resumen, los límites a la autonomía de la voluntad de los cónyuges se hayan en el respeto de sus derechos fundamentales y la licitud de los acuerdos. Todo ello se extrae de lo expuesto en ROCA TRÍAS E., *Libertad y familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 86, 88-91, 95-96, 98, 100-101, 104-105 y 109-110. En cuanto a las sentencias anteriores sobre los "contratos familiares atípicos", se establece en ellas que, en realidad, no se trata de un convenio regulador, sino simplemente un convenio -como negocio jurídico de derecho de familia-, un "pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan (…) para el caso de que se produzca una nueva separación". Para su validez sólo es necesario que reúnan los requisitos demandados para la validez de los contratos en general -STS 217/2011 (Sec. 1.ª), de 31 de marzo de 2011, Roj: STS 2158/2011, , FD 4º-. Otro sector doctrinal se muestra a favor de la validez de los llamados "acuerdos prematrimoniales", muy populares en los EUA, y que señala, pueden ser de gran interés en el caso de las familias reconstituidas. Considera la autora que los artículos 1323, 1325 y 1328 CC reconocen una amplia libertad de contratación entre los cónyuges. Los acuerdos prematrimoniales estarían permitidos, tanto si revisten la forma de capitulaciones matrimoniales -en cuyo caso estarían sometidos a las reglas de éstas-, como si no -que, por tratarse de contratos, se someterían a las reglas generales de los contratos-, sin perjuicio de la especial vigilancia sobre su validez, por tratarse asimismo de contratos en materia de familia. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia", *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm el 26/07/2020.

[663] Todo ello puede concluirse de lo expuesto en ROCA I TRÍAS, E. "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coors.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, vol. II, *op. cit.*, p. 2113.

[664] En contra se han pronunciado algunos autores. Así, NÚÑEZ ZORRILLA, C. "La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no

familiar y de la mera delegación de hecho que se hace sobre determinados parientes o cuidadores; pero ello no es una delegación propiamente dicha, puesto que ni es legal, ni se transfiere el ejercicio de las funciones parentales, y tampoco se aproxima siquiera a la guarda de hecho, sino que más bien parece un mandato o un encargo.

No obstante, otros derechos de nuestro entorno sí han regulado esta posibilidad, por lo que su estudio resulta de utilidad.

El CCCat. ha previsto que los progenitores puedan celebrar acuerdos para mantener, delegar o distribuirse el ejercicio de la potestad parental (cfr. arts. 236-8.1.º, 236-9.1.º y, para el caso de vivir separados, art. 236-11.1.º CCCat.). Estos

---

contemplados en el ordenamiento", *La Notaría*, nº 9, 1996, pp. 3-12, consultado en http://vlex.com/vid/232466 el 26/07/2020. Si bien esta autora concreta que sólo es posible delegar el ejercicio de las funciones parentales de contenido personal, mediante un pacto expreso o tácito entre las partes -el tercero-delegatario y ambos progenitores o uno sólo-, y por supuesto con un control de contenido que verifique su adecuación con el interés superior del menor y con unos límites. Considera que existen determinadas normas dentro del sistema que permiten estos acuerdos, las cuales no se van a exponer en su totalidad, pero baste destacar los artículos 39 y 10 CE -con base en que la delegación en ocasiones puede ser lo más adecuado para el interés del menor, lo cual puede ser cierto-, la entrega voluntaria de la guarda en casos de guarda administrativa -de lo que discrepo, porque este tipo de delegación no puede ser fundamento en absoluto para otros supuestos fuera de los contemplados expresamente por el Código y, como se sabe, en este caso se requiere la concurrencia de "circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas" que hagan que ellos "no puedan cuidar al menor" por sí mismos (art. 172 *bis* CC) y esto queda muy lejos del ámbito de la autonomía privada, más bien lo contrario, es una excepción más a la regla general del ejercicio de las funciones parentales por los progenitores cuando las circunstancias requieren otra forma de protección del menor-; o la previsión de la guarda de hecho en el Código Civil -arts. 303, 304 y 306-, ya que el delegatario sería, más que un guardador de hecho, un guardador legal, por tener título convencional. Sin embargo, esto último no parece sostenible, puesto que el Código no regula propiamente la figura del guardador de hecho ni mucho menos la configura como una institución de protección del menor, sino que se limita a reconocer algunos efectos a una situación fáctica que no tiene más remedio que considerar si quiere velar por el interés del menor de forma efectiva. De este modo, reconocer los efectos de una situación para proteger a quien lo necesita no significa reconocer legalmente esa situación en sí misma. Ello no significa que, si los progenitores delegan en otra persona, los efectos de su actuación no deban tener cierto reconocimiento jurídico, pero parece que lo más aproximado es la figura del mandatario. En definitiva, lo que creo es que, según el derecho vigente, delegar propiamente, con base en la mera autonomía de la voluntad de las partes no se puede porque, legalmente, no es posible transferir funciones propias de la función parental en estos casos y porque las transferidas de hecho se aproximan al mandato, por lo que es necesaria la previsión legal expresa de la figura del delegatario. Al final, parece que todo depende de qué se entienda por delegación de funciones parentales, pues como ya señalaba un sector de la doctrina que estudió hace mucho la figura -autor que también ha defendido la posibilidad de delegar las funciones parentales en el ordenamiento jurídico español-, existe una gran confusión terminológica sobre la "delegación de la patria potestad" en la doctrina, y la delegación tiene autonomía propia con naturaleza jurídica distinta de la de ninguna institución jurídica prevista en el Código Civil, lo cual no significa que no se puedan llegar a aplicar por analogía las normas de la institución con la que guarde mayor identidad de razón en el caso concreto, como por ejemplo las del mandato, el arrendamiento de servicios, el apoderamiento o la representación. En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989, pp. 220 y 225.

acuerdos son válidos sin necesidad de aprobación judicial si se formalizan en escritura pública, aunque pueden incorporarse en un convenio regulador y someterse a aprobación judicial, con lo que devendrían ejecutivos (cfr. art. 236-11.2.º y 3.º CCCat.)[665]. Sin embargo, ha de hacerse notar que la regulación de estos pactos sólo se refiere a la posibilidad de acordar unas modalidades de ejercicio de la potestad parental en relación a los progenitores[666]; nada refiere sobre terceras personas.

Por otro lado, los cónyuges también pueden celebrar pactos en previsión de ruptura matrimonial en capítulos matrimoniales o en escritura pública[667], pero, puesto que se regulan a propósito de los capítulos matrimoniales y no se precisa nada

[665] Expresan estos preceptos:

"Artículo 236-8. Ejercicio conjunto de la potestad parental

1. Los progenitores ejercen la potestad parental respecto a los hijos conjuntamente, salvo que acuerden otra modalidad de ejercicio o que las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa.

(…)

Artículo 236-9. Ejercicio de la potestad parental con distribución de funciones o individual con consentimiento del otro progenitor.

1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones.

(…)

Artículo 236-11. Ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores.

1. Si los progenitores viven separados, pueden acordar mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones de acuerdo con lo establecido por el artículo 236-9.1.

2. Los progenitores pueden someter los acuerdos a que se refiere el apartado 1, así como el plan de parentalidad que hayan convenido, a aprobación judicial. Los acuerdos deben ser aprobados siempre y cuando no sean perjudiciales para los hijos, atendiendo, en la medida en que sean procedentes, a los criterios para la atribución de la guarda fijados por el artículo 233-11. Los acuerdos son ejecutivos desde el momento en que se aprueban.

3. Los acuerdos de delegación o distribución, si no han sido incorporados a un convenio regulador aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública y pueden revocarse en cualquier momento mediante notificación notarial".

[666] El artículo 233-8.2.º CCCat. regula, para el caso de divorcio, separación o nulidad matrimonial, el deber de los cónyuges de presentar propuesta de plan de parentalidad, en el que se concreta la forma en que cada uno de ellos ejercerá las funciones parentales. Su contenido es de naturaleza exclusivamente personal, por lo que los cónyuges no pueden disponer la forma en que cumplir sus obligaciones patrimoniales -lo que se deduce del tenor del art. 233-9 CCCat.-. No obstante, parece que el plan de parentalidad no es válido *per se*, tal y como lo desarrollan los artículos 233-8 y ss. CCCat. Se trata de propuestas que debe ser aprobadas judicialmente tras la debida vigilancia del interés superior del menor -art. 233-8.2 y 3-, cuya labor de concreción se realiza en atención a una serie de criterios que se deben ponderar en conjunto, relacionados en el art. 233-11 CCCat.

[667] Sobre estos pactos se ha observado que, a pesar de ser la primera vez que se regulan, siempre han sido válidos, con el límite del respeto a la ley y el orden público. Así, SOLÉ RESINA, J. "El matrimoni (III): efectes", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Lliçons de dret civil català III… op. cit.*, p. 111.

más sobre su contenido, parece adecuado concluir que deben ser lícitos y versar sobre materia disponible por las partes, lo que deja fuera la atribución de funciones parentales a personas distintas de los progenitores[668].

En este sentido se ha sostenido que, si bien no se puede renunciar a ella, el carácter funcional de la potestad parental permite la asignación de su ejercicio a terceras personas en los siguientes casos: 1) la asignación de alguna de las facultades a uno de los progenitores en la sentencia de nulidad, separación o divorcio; 2) las facultades reconocidas al cónyuge o pareja del progenitor en el artículo 236-14 CCCat.; 3) la delegación de la potestad parental de un progenitor a favor del otro, y 4) los casos en que tiene lugar el acogimiento del menor[669].

En cuanto a las funciones reconocidas *ex lege* al cónyuge o pareja del progenitor (cfr. art. 236-14 CCCat.), opina cierto sector de la doctrina que es posible la conclusión de un acuerdo entre el progenitor custodio y su cónyuge o pareja estable para extinguir las funciones atribuidas por la ley, ya que al no tratarse de una "función parental propia", es renunciable[670].

---

[668] Contiene la "Sección 3.ª Los capítulos matrimoniales" las siguientes previsiones, entre otras:

"Artículo 231-19. Contenido.

1. En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.

(…).

Artículo 231-20. Pactos en previsión de una ruptura matrimonial

1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. (…).

3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. (…)".

[669] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 179-180.

[670] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, pp. 67-68. En este sentido, un sector de la doctrina indica la conveniencia de realizar una regulación imperativa de los efectos de la ruptura de la convivencia, por ser en ese momento en el que se originan los verdaderos conflictos y se da, por tanto, una exigencia de protección, mientras que destaca la mayor conveniencia, en general, de realizar una regulación dispositiva de los efectos de la convivencia mientras ésta dure, y no establecer reglas imperativas, ya que el cónyuge o pareja del progenitor no tiene realmente la responsabilidad sobre el hijo de su cónyuge, desmotivaría el matrimonio o convivencia de estas parejas tanto por parte de quien no es progenitor -pues no todos quieren establecer relaciones familiares con los hijos de su cónyuge o pareja- como por el propio progenitor -que puede no querer que se establezcan estos vínculos, sobre todo para el caso de una ruptura de la pareja- y supondría cierta desconfianza o rechazo por los hijos del cónyuge o pareja que no aceptan la situación y/o por el otro progenitor del menor. Se apunta entre las ventajas de la regulación dispositiva, la posibilidad de diferenciar entre familias reconstituidas

Por su parte, el derecho alemán regula cierto ejercicio de la función parental por el cónyuge del progenitor que tiene la guarda y custodia del menor[671]. En Alemania, el término usado para designar el conjunto de funciones parentales es *elterliche Sorge*, que significa "custodia parental", cuyo contenido viene a ser el de la patria potestad en España, es decir, el cuidado de la persona del hijo (*Personensorge*) y el de sus bienes (*Vermögenssorge*) (cfr. § 1626, apartado (1) BGB).

Un sector de la doctrina española ha puesto de relieve la evidencia acerca de la inspiración del derecho catalán en el BGB en muchas de las soluciones que ofrece[672]. En concreto, contiene cuatro apartados en los que regula los poderes del cónyuge en el ejercicio de la custodia del menor (cfr. § 1687b BGB), si bien en este momento sólo interesan tres. Se otorga al cónyuge del progenitor del menor que tiene su custodia en exclusiva el poder de decidir en cuestiones de la vida diaria del menor, en connivencia y de forma conjunta con aquél (cfr. § 1687b BGB, apdo. (1)). Es lo que se denomina *kleines Sorgerecht* -literalmente, "custodia pequeña"- o "responsabilidades parentales limitadas"[673]. Ciertamente, parece que el legislador catalán se ha inspirado en el BGB, con la diferencia de que en el caso alemán se requiere que el cónyuge progenitor tenga la guarda en solitario y que las decisiones cuenten con su aprobación. Se trata, por tanto, del ejercicio de algunos aspectos de la custodia del menor, mediante acuerdo entre el progenitor custodio y su cónyuge.

---

donde el cónyuge o pareja del progenitor tiene voluntad de hacerse responsable del menor y aquéllas donde sólo asume la convivencia con éste. Así, GARRIGA GORINA, M. "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *op. cit.*, pp. 14-15.

[671] El BGB ha visto alterada su redacción mediante Ley de 16 de febrero de 2001, en vigor desde 1 de agosto del mismo año -BGBI Teil I, Nr 9, de 22 de febrero de 2001, pp. 266-287-.

[672] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.*, p. 64; también en RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El *status* jurídico del padrastro/ madrastra en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.*, p. 2201. Aquí se destaca que ambas soluciones otorgan efectos *ex lege* tras el matrimonio o registro de la pareja.

[673] BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 396. Además, y aunque para el caso de divorcio, separación o nulidad matrimonial, estos autores han sostenido que el progenitor custodio no puede trasferir mediante acuerdo las funciones parentales a su cónyuge -ni siquiera su titularidad conjunta-; sólo puede, si es el único que la ostenta, atribuir el ejercicio -que no la titularidad- de determinadas funciones que forman su contenido, cuya titularidad continúa en manos del progenitor. Del mismo modo, al cesar una unión registrada, se reputa que lleva aparejada una revocación implícita de las concesiones que le haya podido otorgar a la pareja no progenitora en cuanto al ejercicio de la función parental; pero, si el progenitor tiene la custodia exclusiva, puede celebrar acuerdos con su expareja con el mismo fin, de igual modo que podría hacerlo con cualquier otro tercero (p. 425).

El Juzgado de familia puede, no obstante, restringir o suprimir estos poderes cuando el interés del menor lo requiera (cfr. § 1687b BGB, apdo. (3)). Asimismo, los poderes del cónyuge del progenitor custodio se extinguirán si ambos esposos viven separados de forma no temporal (cfr. apdo. (4)), es decir, si cesa la convivencia. Resulta un poco ambiguo, por no fijar un período de tiempo concreto. Parece que será el Juez quien deba decidir valorando todos los datos de que disponga y con base en el interés del menor[674]. De este modo, no se da un control judicial *a priori*, pero sí *a posteriori*. Parece ser que, en caso de muerte, incapacidad o privación de la autoridad parental al progenitor titular, debe nombrarse un tutor para el menor[675].

Y exactamente en el mismo sentido que para el cónyuge, se regula esta posibilidad para la pareja registrada. La *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* establece la posibilidad de que el progenitor conviviente del menor, siempre que tenga la custodia en exclusiva, acuerde con su pareja registrada -*Lebenspartner*- que ésta tenga poder de decisión -que será conjunto- en asuntos del día a día del menor -cfr. § 9, apdo. (1)-. Este poder puede ser limitado o retirado por el tribunal de familia (*Familiengericht*) en interés del menor (cfr. apdo. (3)), y tampoco será aplicable cuando los miembros de la pareja no convivan por un período largo (cfr. apdo. (4))[676].

En cualquier caso, se debe señalar que esta ley se aplica únicamente a las parejas homosexuales registradas con anterioridad a 1 de octubre de 2017, siempre que no hayan transformado su unión en un matrimonio. Desde la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en Alemania, no es posible el registro de nuevas parejas conforme a esta ley.

---

[674] Además, de un modo más general, la § 1697a BGB dispone la obligación del juez de adoptar las decisiones relativas a los procedimientos suscitados sobre las materias del título 5 -sobre la custodia parental- siempre en el sentido más favorable al interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y los intereses legítimos de todos los implicados, siempre que no se disponga lo contrario.

[675] Ello se desprende de la § 1773(1) BGB y de lo expuesto en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 460.

[676] También establece la § 11 de la ley la relación de parentesco entre una persona y los parientes de sangre de su pareja registrada -cuya línea y grado coincide con el que corresponda a su pareja- [apartado (2)], del mismo modo que la § 1590 BGB lo hace para el caso de matrimonio. En ambos casos, se garantiza el mantenimiento de las relaciones a pesar de la eventual ruptura de la pareja.

En Francia, la *autorité parentale* es ejercida por padre y madre conjuntamente (cfr. art. 372.1.º CCF) [677]. Es posible algún tipo de renuncia o cesión de la *autorité parentale* siempre que se haga como dicta la Ley y medie un fallo del juez de "asuntos familiares" (cfr. arts. 376 y 377-1.1.º CCF)[678]. Se está en presencia, en este caso, de un modelo híbrido de atribución de funciones parentales a terceras personas, pues requiere, en primer lugar, de la voluntad de los progenitores; pero, en segundo lugar, ese acto de voluntad necesita el refrendo judicial para desplegar efectos jurídicos[679].

En este sentido, el Código Civil francés prevé la posibilidad de que los progenitores del menor deleguen la totalidad o parte del ejercicio de la autoridad parental cuando las circunstancias lo exijan, cuestión que habrán de solicitar al Juez, juntos o por separado[680]. Esa delegación tendrá que hacerse a un tercero, miembro de

[677] El contenido de la *autorité parentale* se corresponde con el de la patria potestad en derecho español, por cuanto su contenido es tanto de carácter personal (velar por los hijos -su seguridad, salud y moralidad-, garantizar su educación y permitir su desarrollo), como patrimonial (mantener a los hijos y costear su educación y administrar sus bienes) e incluye su representación legal. *Vid.* a este respecto los arts. 371-1.2.º, 371-2.1.º, 382 y 389 CCF. La finalidad de las funciones que engloba la autoridad parental es preservar el interés del hijo -art. 371-1.1.º CCF-, el cual deberá ser informado por los titulares de aquélla de las decisiones que le afecten en atención a su edad y grado de madurez -art. 371-1.4.º CCF-. Como contraparte, el hijo debe respecto a sus progenitores, deber que no tiene límite temporal – art. 371 CCF-.

[678] Concretamente, "*le juge aux affaires familiales*".

[679] Se ha considerado oportuna su inclusión en este apartado, ya que, en estos casos, la medida tiene comienzo por la voluntad de las partes. Además, parece conveniente diferenciar estos supuestos de delegación, de aquéllos en que la atribución de funciones parentales a personas distintas de los progenitores tiene lugar, en exclusiva, por una decisión judicial, aunque el juez haya tenido conocimiento de la causa a través de otras personas o del ministerio público.

[680] Se ha indicado que, en el caso de la delegación parcial, el tercero tiene el derecho de guarda y el de velar por el menor y puede realizar los llamados actos usuales, mientras que los progenitores conservan los relacionados con la educación y salud del menor; en el caso de la delegación total, al tercero se le transfiere el ejercicio de todas las funciones anejas a la autoridad parental, a salvo el derecho a consentir la adopción. Así, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, p. 34. En este tipo de delegación, si es parcial, los progenitores conservan las funciones que no cedan, pero si es total, dejan de ejercer la autoridad parental en favor del tercero, aunque pueden recuperarla más tarde. Por supuesto, siguen conservando ciertas facultades, como el deber de consentir la adopción, contribuir a los gastos del menor o el derecho de visitas. Así, CALCIO GAUDINO, M. "Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées", *op. cit.*, p. 21. En este sentido, otros autores se refieren a la delegación, expresamente, como a una renuncia del ejercicio de la autoridad parental -REBOURG, M. "Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales", *Recherches familiales*, nº 7, 2010, p. 39-. Se entiende, pues, en la medida señalada *ut supra* según sea total o parcial.

la familia, próximo y digno de confianza (cfr. art. 377.1.º CCF)[681]. Parece que entre estos terceros puede incluirse el cónyuge del progenitor[682]. Junto a la solicitud de delegación, el juez puede tener en cuenta los eventuales pactos entre los progenitores del menor, salvo que alguno de ellos demuestre causa grave que le haya llevado a revocar su consentimiento (cfr. art. 376-1 CCF).

Asimismo, están legitimados para interponer la acción de delegación total o parcial del ejercicio de la *autorité parentale* el tercero y el ministerio público con el acuerdo de este tercero candidato a delegatario, en caso de desinterés manifiesto o imposibilidad de los progenitores para su ejercicio total o parcial (cfr. art. 377.2.º y 3.º CCF)[683]. En todos estos casos, los progenitores deben ser llamados en la instancia (cfr. art. 377.3.º CCF).

Se ha señalado que la importancia de la delegación radica en que brinda seguridad jurídica al menor, pues el tercero deja de ejercer una función de hecho para hacerlo de derecho, de modo que puede realizar ciertos actos válidos frente a terceros[684].

---

[681] Modificado por *Loi nº 2006-292 du 14 mars 2016* -art. 38-. El precepto dice exactamente que "*Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance*". Es decir, se permite, asimismo, una delegación en un establecimiento infantil autorizado o un servicio provincial de ayuda social a la infancia, si bien es una cuestión que no atañe al objeto de este trabajo. Este tipo de delegación es la que, en el ámbito doctrinal, se denomina "delegación voluntaria". *Vid.* BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit.,* p. 372.

[682] A este respecto, un sector de la doctrina francesa ha señalado que la delegación está pensada para uno sólo de los cónyuges o miembros de la pareja de los progenitores, para que no se presenten confusiones durante el ejercicio de las funciones delegadas. Afirma la autora que así lo cree la jurisprudencia y que, de hecho, los tribunales no suelen aprobar acuerdos de delegación en favor de dos terceros. En este sentido, CALCIO GAUDINO, M. "Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées", *op. cit.*, p. 20. En este sentido, otro sector de la doctrina considera que el progenitor no conviviente puede perfectamente ceder parte de su propia "porción" de autoridad parental al cónyuge o pareja de su expareja, en otras palabras, que no es necesario que el delegante sea cónyuge o pareja del delegatario. En este sentido, RUBELLIN-DEVICHI, J. "Le seconde famiglie e il diritto francese", en MAZZONI, S. *Nuove Costellazioni familiari*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 67.

[683] Esta modalidad de delegación es la que se conoce, doctrinalmente, por el nombre de "delegación judicial". Vid. BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit,,* p. 373.

[684] En este sentido, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, p. 32.

Además de la modalidad de delegación descrita anteriormente, es posible que se acuerde una distribución o reparto de todo o parte del ejercicio de la *autorité parentale* entre los progenitores delegantes y el tercero delegatario, siempre que aquéllos estén de acuerdo (cfr. art. 377-1.2.º CCF). Es una *délégation partage*[685]. Por supuesto, se requiere el consentimiento del tercero -no se le puede imponer-[686]. En este caso, todos ellos -los progenitores y el tercero- pueden realizar los actos usuales de la autoridad parental[687], pues se presume que cada uno actúa con el consentimiento de los demás; por el contrario, los actos graves requieren el consentimiento expreso de los progenitores en todo caso[688]. De este modo, los actos usuales de la *autorité parentale* realizados en solitario por el tercero tendrán efectos

[685] Refiere autorizada doctrina francesa que el uso de este tipo de delegación es admitido por el Tribunal de Casación francés al menos desde el año 2006 -entre las que cita Civ. 1ère 24 février 2006, *enfants Camille et Lou*, *Bull. civ*. I, n° 101, *D*. 2006, 897; TGI Paris, JAF, 18 sept. 2009, *AJ fam.* p. 490; TGI Paris 28 mars 2008, *AJ fam.* 2008, p. 249; TGI Grenoble, JAF, 28 janv. 2008, *AJ fam.* 2008, p. 476; TGI Lille, 18 déc. 2007, *Dr. fam.* 2008, 2058 y Civ. 1ère 16 avril 2008, *Bull. civ.* I, n° 106, *JCP* 2009, I, 102-, tanto en supuestos convivencia, como de separación o muerte, y en el caso de parejas homosexuales. Sin embargo, la rigurosidad con la que el Tribunal interpreta la norma debilita su existencia. El Tribunal exige que, además de demostrarse que el interés del menor, demanda su acuerdo, se establezca también que la delegación hará que todo vaya mejor para el menor. De este modo, aceptando su adopción sólo en casos excepcionales, queda probado que la vida familiar no está realmente protegida, ya que ni se reconoce la posición de este tercero delegatario, ni se protege al menor. En este sentido, FULCHIRON, H. "Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français fase à la question homoparentale", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 64, nº 1, 2012, pp. 104-106.

[686] FENOUILLET, D. "La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ?", *Archives de philosophie du droit*, Tomo 57 (*La famille en mutation*), 2014, pp. 118-119.

[687] Un sector de la doctrina francesa puntualiza que un "acto usual" es un acto de la vida cotidiana, un acto sin gravedad. Asimismo, cita como ejemplos inscribir al menor en una asociación deportiva o llevarlo a la peluquería. Así, BEAURUEL, M. "Les actes usuels de l'autorité parentale", en BATTEUR, A. (Dir.) *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 694. También comenta la autora dos decisiones del Consejo de Estado que determinan que la prescripción de un antidepresivo no se trata de un acto usual de la autoridad parental -*CE, 7 mai 2014, nº 359076*- y que, contrariamente, inscribir a un hijo en el pasaporte de uno de sus padres o expedir un pasaporte individual a nombre del menor es un acto usual -*CE, 4 décembre 2002, nº 252051*- (pp. 695-699). Asimismo, los progenitores pueden precisar este extremo a través de la conclusión de un acuerdo en el que pacten las modalidades de ejercicio de la autoridad parental -acuerdo previsto en el art. 373-2-7 CCF-, que necesita de homologación judicial. Así, BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 375.

[688] En este sentido, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, p. 34. Entre los actos graves, esta autora ha enumerado algunos que tienen que ver con la salud del menor -como una intervención quirúrgica o un tratamiento médico de trascendencia-, con su educación -como la inscripción en un colegio nuevo- o con su vida social, religión o viajes al extranjero (p. 25).

frente a terceros de buena fe -presunción de haber intervenido con el acuerdo de los progenitores- (cfr. art. 372-2 en relación al art. 377-1.2.º *in fine* CCF).

Los progenitores continúan en el ejercicio de la *autorité parentale*; el tercero guardador ejecuta los actos del día a día correspondientes a la supervisión y educación del menor[689]. En caso de dificultades en el ejercicio repartido de la *autorité parentale*, cualquiera de los legitimados para ejercitar la acción de delegación está, asimismo, legitimado para recurrir al juez (cfr. art. 377-1.3.º CCF)[690]. El juez deberá resolver sobre las asuntos que se le presenten en virtud de todos los preceptos analizados, con la oportuna vigilancia del interés del menor (cfr. art. 373-2-6.1.º CCF)[691].

En cuanto al contenido de la *autorité parentale* delegada, sólo se contempla una prohibición que atañe al derecho a consentir la adopción del menor (cfr. art. 377-3 CCF)[692]. No obstante, siempre dentro de las funciones del cuidado y educación del menor, pues también se ha sostenido que a través de la delegación no se transfiere la administración de los bienes del menor[693].

Debe aclararse que la delegación del ejercicio de la autoridad parental se configura, en derecho francés, como una figura de asistencia a los titulares de la patria potestad, en el sentido de que es posible sólo si las circunstancias lo requieren. En ningún caso puede ser, para los progenitores, un modo de eludir sus funciones para con sus hijos.

---

[689] En este sentido, BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit*,, p. 377.

[690] Para ello, el juez tendrá en cuenta las prácticas o acuerdos previos entre los progenitores, la opinión del menor, la aptitud de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro, los resultados de valoraciones que se hayan podido realizar -especialmente, con base en la edad del menor-, los datos recogidos en los sondeos previstos por la Ley y la presión o violencia, física o psíquica, ejercida por un progenitor sobre el otro -art. 373-2-11, por remisión del art. 377-1.3.º CCF-.

[691] Para dar cumplimiento a este mandato, el juez puede encargar a una persona cualificada que lleve a cabo una investigación en materia social, con el fin de obtener información sobre la situación familiar y condiciones de vida y educación del menor -art. 373-2-12.1.º CCF-.

[692] Se debe indicar que, mientras que algunas legislaciones como la española o la italiana se refieren al "asentimiento" a la adopción por parte de los progenitores del menor (se distingue así entre el "consentimiento" prestado por el adoptante y el adoptando y el "asentimiento" requerido a los progenitores del menor), otras legislaciones, como la francesa o la suiza, aluden al "consentimiento" de los progenitores.

[693] REBOURG, M. "Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales", *op. cit.*, p. 40.

La extinción o trasferencia de todas las anteriores modalidades de delegación de la *autorité parentale*, tiene lugar, asimismo, por decisión judicial siempre que nuevas circunstancias lo justifiquen. En caso de extinción y restitución de la misma a los progenitores, éstos tienen la obligación de reembolsar los gastos de mantenimiento al delegatario en la medida que disponga el juez y salvo que se encuentren en situación de necesidad (cfr. art. 377-2 CCF).

Se observa que el derecho francés ha optado por un modelo "inclusivo", en el que pueden coexistir las figuras de los progenitores y un tercero sin exclusiones de ningún tipo. No obstante, algunos autores han observado la tendencia "sustitutiva" de la figura del 377-3 CCF[694], pues los progenitores pueden delegar en todo o en parte su autoridad parental. Tal vez, por eso, otros autores se han mostrado críticos con la regulación actual, ya que echan en falta el reconocimiento de un estatus al tercero sin necesidad de que los progenitores transfieran sus propias funciones, que deberían seguir ejerciendo, todo ello por ser lo más conveniente para el interés del menor[695]. En cualquier caso, de delegarse algunas o todas las funciones parentales en el cónyuge del progenitor, la titularidad de la autoridad parental la conservan los progenitores del menor o el progenitor que la ostentara[696].

---

[694] D'ANGELO, A. "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", *op. cit.*, p. 31; CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 19. Aunque fuera de la doctrina francesa, por considerarse de interés, se alude a este trabajo, ya que esta autora ha sostenido que el modelo escogido por el legislador francés es innovador y se aleja de los derechos más moderados de su entorno, como el italiano, el suizo o el español, que no entran de lleno en la regulación de la figura del *terzo genitore* y que optan por modelos de exclusión de roles, normalmente la adopción voluntaria del menor (p. 20).

[695] En este sentido, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, pp. 36-37. La autora considera que al actual marco legal contempla mecanismos poco flexibles, que conllevan un complicado procedimiento en el que se requiere, de un modo u otro, la intervención judicial. Defiende una reforma legal en la que se permita la participación del tercero en los actos de la vida diaria del menor o para actos puntuales en interés de éste. Más aún, la ex Defensora del menor ha efectuado su propuesta de regulación en la materia, consistente básicamente en tres puntos: a) la colaboración del tercero con los progenitores en actos de la vida diaria del menor -por acuerdos entre los tres que no requieran, necesariamente, intervención judicial-; b) el cuidado del menor en puesto de los progenitores -de modo que el juez pueda incrementar el número de actuaciones que el tercero puede desempeñar en interés del menor y que la ley aumente las posibilidades de que el tercero continúe ejerciendo estas funciones tras la muerte de los progenitores- y c) el derecho del menor a mantener los lazos con el tercero por mediar entre ellos un estrecho vínculo emocional -mediante el reconocimiento específico de esta situación por la ley-.

[696] En derecho francés, es necesario distinguir entre los titulares de la autoridad parental y aquéllos que la ejercen. Así, BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 369. Los titulares son, en todo caso, los progenitores, salvo que hayan sido privados de la autoridad parental o nunca la hayan ostentado -p. 373-. La titularidad de la autoridad parental va

La autoridad parental, como el estado de las personas, sigue siendo materia indisponible[697], y por tanto quedan fuera de la autonomía privada, lo cual no significa que sean cuestiones inalterables, sino que sus variaciones deben tener lugar en la forma indicada por la ley y en virtud de una resolución judicial (cfr. art. 376 CCF). Así, la ley contempla la posibilidad de delegar funciones parentales, pero cualquier otra renuncia o cesión de aquélla fuera de las señaladas carece de efectos jurídicos *ex* art. 376 CCF.

En el derecho neerlandés, se dispone que, en caso de que la autoridad parental del menor sea ostentada en exclusiva por uno de sus progenitores, el tribunal puede, a petición conjunta de éste y de otra persona que no es el progenitor, pero que tiene una relación estrecha con el menor, conceder a ambos la custodia compartida de éste (cfr. art. 1:253t § 1 BW). Se trata de un supuesto de atribución de la autoridad parental a un tercero -supuesto donde cabe incluir al cónyuge o pareja del progenitor y que, probablemente, esté pensado especialmente para estos casos- mediante resolución judicial, pero a petición de ambos adultos implicados. Es decir, debe tener lugar un acuerdo previo entre el progenitor y su pareja[698].

No obstante lo anterior, en caso de que el menor mantenga una "relación familiar legal" con su otro progenitor[699], el tribunal sólo podrá atender la petición si

---

ligada siempre a la filiación - REBOURG, M. "Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales", *op. cit.*, p. 41-.

[697] BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 372.

[698] Se debe señalar que, mientras el anteriormente analizado art. 1:253sa § 1 BW -atribución *ope legis* de la autoridad parental- se aplicaba al cónyuge o pareja del progenitor que ya lo es en el momento del nacimiento del menor, el presente precepto resulta aplicable a los supuestos en que la unión se produce tras el referido nacimiento. También se ha sostenido que, de este modo, puede adquirir la responsabilidad parental la pareja de hecho propiamente dicha -con independencia de su sexo-, la cual no tiene cabida en el art. 1:253sa § 1 BW. En este sentido, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, pp. 403-404.

[699] Esta es una traducción de la traducción al inglés "*legal familial relationship*". No obstante, la versión original del BW dice "*familierechtelijke betrekking*" que se puede traducir como "relacion de derecho de familia". Entiendo que lo que quiere decir el Código neerlandés es que, aunque el otro progenitor no ostente la autoridad parental, si existe y forma parte de la vida del menor de algún modo reconocido por el derecho de familia, como puede ser, por ejemplo, el ejercicio de un derecho de visitas, antes de otorgar la autoridad parental a otra persona deben observarse unas garantías mínimas. Sin embargo, resulta curioso que entre esos requisitos no se halle la audiencia de este progenitor. No obstante, el §3 del mismo precepto ordena el rechazo de la solicitud de autoridad parental conjunta si existe un temor fundado de que su aprobación será perjudicial para el interés del menor -ojo- a la luz también de los intereses del otro progenitor. Parece que se refiere al temor de que la admisión de la solicitud perjudique la relación entre el menor y su otro progenitor, a la que ambos tienen derecho, pero muy especialmente el menor.

se da la concurrencia de dos requisitos: *a)* los solicitantes han cuidado juntos del menor durante al menos un año ininterrumpido al momento de la solicitud y *b)* la autoridad parental exclusiva del progenitor solicitante se haya extendido durante al menos los tres años anteriores a la solicitud, que han de ser ininterrumpidos (cfr. art. 1:253t § 2 BW). Los efectos de la autoridad parental comenzarán desde el día en que sea firme la resolución judicial que la acuerde (cfr. art. 1:253u BW). Al igual que a la autoridad parental atribuida *ope legis* en el artículo 1:253sa § 1 BW, a ésta se la llama "autoridad conjunta" y recibe el mismo tratamiento que la autoridad parental ejercida conjuntamente por los progenitores, salvo en los casos en que legalmente se disponga lo contrario (cfr. art. 1:245 § 5 BW).

En cuanto a la finalización de esta autoridad parental conjunta, se le aplica el art. 1:253n por mandato del art. 1:253v § 3 BW. Es decir, que los que ostentan la autoridad parental o uno de ellos puede solicitar a la autoridad judicial que ponga fin a aquélla por haber cambiado las circunstancias que la motivaron o por haberse adoptado a razón de una información incorrecta o incompleta. De estimarse la petición, el tribunal habrá de decidir sobre cuál de los progenitores continuará en la autoridad parental. Se establece, además, que antes de tomar la decisión, los progenitores o el progenitor que no tiene autoridad parental podrán presentar una solicitud para que les sea confiado el menor o menores, siempre que esta petición se base en el interés superior del niño (cfr. art. 1:253v § 3 BW).

Se regula la posibilidad de otorgar a uno sólo de los cónyuges la autoridad parental sobre los hijos si el matrimonio se disuelve por causa distinta a la muerte de uno de los consortes o una separación legal (cfr. art. 1:251a § 1 BW) y si se da cualquier motivo basado en el interés del menor que justifique esta medida (cfr. § 1.b). Se extiende la aplicación del apartado precedente a los hijos de los cónyuges que queden fuera del anterior supuesto, añadiendo a los servicios de protección del menor entre quienes pueden solicitar esta medida, así como al propio menor (cfr. § 3). En caso de que ambos sean desprovistos de la autoridad parental, el tribunal tendrá que nombrar un tutor para el menor (cfr. art. 1:253q § 2 BW). Antes de ello, tanto el progenitor como el que no lo es tendrá ocasión de presentar solicitud para que se le otorgue la autoridad parental en interés del niño (cfr. art. 1:253v § 5 BW). El juez ha podido confiar al menor bajo tutela al tercero, pero si se da un cambio de las circunstancias puede devolver la autoridad parental al progenitor o progenitores que lo soliciten, si ello beneficia al menor (cfr. art. 1:253v § 4 BW).

Por otra parte, se trata la contingencia de la muerte del progenitor que ejercía la autoridad parental conjuntamente con su cónyuge o pareja no progenitora (cfr. art.

1:253x BW). Si bien la regla general -recuérdese- es que, llegado ese momento, el cónyuge o pareja ejercerá la tutela del menor *ope legis* (cfr. § 1), se debe matizar que, en caso de haber otro progenitor, éste puede solicitar a la autoridad judicial que se le atribuya la autoridad parental del menor y podrá serle concedida, de tener capacidad legal para ejercerla (cfr. § 2).

Finalmente, se precisa que la autoridad conjunta a que se refieren los artículos 253sa -atribución de funciones *ope legis*- y 253t -atribución de funciones por petición de las partes al juez- se extingue el día que adquiere fuerza de cosa juzgada la sentencia que otorga a los progenitores del menor la autoridad conjunta o que pone fin a la que comparten uno de los progenitores y su cónyuge o pareja (cfr. art. 253y § 1 BW). En caso de que la decisión referida se declare provisionalmente ejecutable, la autoridad conjunta del menor por la madre y su cónyuge o pareja se dará por terminada al día siguiente de la emisión o envío de la resolución (cfr. art. 253y § 2 BW).

Por otra parte, se establece que, si un menor ha sido cuidado y criado durante al menos un año por una persona distinta de sus progenitores como miembro de su propia familia con el consentimiento de los progenitores del menor, éstos no pueden alterar esta situación sin la aprobación de esta persona (cfr. art. 1:253s § 1). Sin embargo, en caso de negativa, pueden solicitar al tribunal competente que sustituya dicha aprobación mediante autorización. La misma no se puede rechazar, salvo que el interés del menor justifique tal decisión (cfr. § 2).

En el caso de Italia, se ha afirmado que no es posible delegar funciones sobre el *terzo genitore* si existe otro progenitor y no media acuerdo entre ambos progenitores. En caso de enfrentamiento, el Juez podría resolver en interés del menor, en la medida que alcancen las facultades que se le reconocen en virtud de la ley en materia de cuidado del menor y ejercicio de la *responsabilità genitoriale* en los procedimientos de crisis familiares. Si existe acuerdo entre los progenitores, la actuación del *terzo genitore* sólo será oponible frente a terceros si este acuerdo es homologado judicialmente[700].

[700] STANZIONE, M.G. *Filiazione e "genitorialitá". Il problema del terzo genitore*, *op. cit.*, p. 240. Esta autora advierte que, tal vez, no sea acertado acordar la participación del *terzo genitore* en la educación del menor si se da una oposición por el otro progenitor, ya que podría afectar a la personalidad del menor y a su *identità sociale* de modo negativo. No obstante, esta autora también ha señalado como posible causa de que en la doctrina italiana no se debata la posibilidad de una delegación de las funciones parentales en una tercera persona el temor a que, a través de esta vía, pueda reconocerse el ejercicio conjunto de funciones parentales a los miembros de una pareja homosexual. En Italia, esta circunstancia resulta contraria a lo que se concibe como interés del menor

Por otra parte, el *Codice Civile* ha previsto la posibilidad de inserción, dentro de la familia "legítima", del hijo extramatrimonial legitimado por uno de los cónyuges, pero con ningún otro fin que el de proteger aquel tipo de familia y su unidad (cfr. art. 252)[701]. En el proceso de integración del menor en la familia formada por los cónyuges y sus eventuales hijos comunes se debe prestar una serie de consentimientos que varían ligeramente en función de si el reconocimiento del hijo no común por su progenitor se efectúa previa o posteriormente al matrimonio. De ese modo, si el hijo fue reconocido antes del matrimonio, para su ingreso en la familia deben consentir el cónyuge conviviente del progenitor reconocedor y, en caso de existir, el otro progenitor del menor que haya efectuado asimismo su reconocimiento. Sin embargo, no será necesario el consentimiento del cónyuge cuando éste ya conociera la existencia de ese hijo o el hijo conviviera ya con el cónyuge progenitor. En el caso de que el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio se haga después de su celebración, es necesario el consenso de los anteriores y, además, el de los hijos de la familia que en ella convivan y cuenten con, al menos, dieciséis años. En este supuesto, el juez debe, además, fijar las condiciones a cumplir o respetar por cada uno de los progenitores del menor. Si no media acuerdo entre todos los involucrados, el juez debe resolver en interés del menor. Se debe aclarar que es el progenitor del menor quien hace el reconocimiento y que, por tanto, entre el hijo y el cónyuge de su progenitor no se crea ningún vínculo jurídico. En este caso no hay un reconocimiento de complacencia por el cónyuge del progenitor, simplemente se produce la integración del menor en la familia matrimonial de uno de sus progenitores.

El derecho de Inglaterra y de Gales contiene disposiciones que regulan las familias reconstituidas tanto en el ámbito de la familia como en el de las sucesiones. En sucesiones, el hijo o hija del cónyuge no sólo ha de ser tal, sino que debe haber sido tratado como "un hijo de la familia"[702].

De igual modo, en derecho de familia se entiende por *child of the family* al hijo de ambos cónyuges o convivientes y cualquier otro hijo que sea tratado por

---

porque se considera que para asegurar el adecuado desarrollo de la personalidad del menor es preciso contar con las figuras de padre y madre (pp. 111 y 239).

[701] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 12.

[702] "*A child of the family"*, en la sección 1(1)(d) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, consultada en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63 el 26/07/2020.

ambos como un hijo de la familia (cfr. § 10 (5) (a) y (aa) y 105 (1) (a) y (b) del *Children Act* de 1989)-[703].

El *Children Act* contiene un precepto (cfr. § 4A) dedicado expresamente a la adquisición de la responsabilidad parental sobre el menor por parte del *stepparent*[704], que, como define el artículo, es la persona que, sin ser el progenitor del menor, está casada o es pareja estable de uno de sus progenitores[705]. Uno de los modos en que se permite conferir la responsabilidad parental al *stepparent* es por acuerdo entre los progenitores del menor y el *stepparent* (cfr. § 4A (1) (a))[706].

En cuanto a los requisitos formales de estos contratos, son los mismos que los exigidos para la eficacia de los contratos de atribución de la responsabilidad parental al padre no casado, celebrados entre la madre y el padre de un menor[707], a los que se refiere la § 4 (2) del *Children Act*, ya que en ambos casos se trata de *parental responsibility agreements* (cfr. § 4A (2)).

La supresión de la responsabilidad parental atribuida al *stepparent* a través del *parental responsibility agreement* sólo puede tener lugar mediante resolución

[703] Es hijo de la familia, dentro de un matrimonio o de una pareja estable, los hijos de ambos y cualquier otro niño que haya sido tratado por ambos como un hijo de su familia, menos los niños dados a la pareja en acogida.

[704] Este precepto fue introducido por el *Adoption and Children Act* 2002 (c. 38), § 112.

[705] El texto original englobaba únicamente al cónyuge del progenitor hasta la promulgación del *Civil Partnership Act* del año 2004 (c. 33), § 75 (2). La modificación entró en vigor el 30 de diciembre de 2005, en virtud de la § 2 (9) del documento de entrada en vigor de la Ley antedicha o *Civil Partnership Act 2004 (Commencement No. 2) Order 2005*. A partir de ese momento, quedaba incluido también la pareja registrada homosexual. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, también se abría la posibilidad al cónyuge homosexual y, finalmente, tras la promulgación de *The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019*, se incluye tambien a la pareja registrada heterosexual. En definitiva, actualmente el Children Act 1989 considera *stepparent* a sus efectos tanto al cónyuge como a la pareja registrada, con independencia de su orientación sexual. Sobre la pareja propiamente de hecho, se ha sostenido que sólo puede adquirir la responsabilidad parental del hijo de su pareja a través de la obtención de una *residence order*. Así, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 393.

[706] Y el otro, que se estudia en otra sede, es por atribución del juez.

[707] Ocurre que en el Reino Unido las madres adquieren la responsabilidad parental desde el nacimiento de su hijo, pero esta regla no se aplica a los padres. Algunos la tendrán desde el nacimiento del hijo, por ejemplo, por estar casados con la madre del menor, pero existen otros modos de adquirir la responsabilidad parental por los padres. Uno de esos modos es el contrato de atribución al que aquí se alude. Para más información sobre quién ostenta la responsabilidad parental en Reino Unido en función del lugar de nacimiento del menor y las circunstancias familiares, *vid*. https://www.gov.uk/parental-rights-responsibilities/who-has-parental-responsibility.

judicial. Para ello, deben solicitarlo a la autoridad judicial uno de los titulares de la responsabilidad parental o el mismo menor, en este caso con la venia del tribunal si considera que tiene suficiente juicio para realizar la solicitud (cfr. § 4A (3) y (4)).

Por otra parte, se fija el contenido de la *parental responsibility* a efectos de la misma *Children Act* (cfr. § 3). Incluye, en general, todos los derechos, deberes, facultades, responsabilidades y autoridad que tienen por ley los progenitores del menor sobre la persona y bienes del mismo[708]. En cuanto a la toma de decisiones cuando se tiene la responsabilidad conjunta (prevista en la §2(5)), todos los responsables parentales se encuentran en situación de igualdad, con la salvedad de que los que no son progenitores no pueden consentir la adopción ni nombrar tutor. En caso de desavenencias entre los responsables parentales, éstos pueden acudir a la autoridad judicial, aunque es válida la actuación independiente de cualquiera de ellos siempre que una norma no establezca expresamente lo contrario (cfr. §2(7)) ni vaya en contra de una orden judicial (cfr. §2(8)). En el caso de decisiones ordinarias, de la vida diaria del menor, cualquiera puede tomarlas, pero si vive sólo con uno de los responsables parentales, los demás no pueden entrometerse en aquéllas. Por otra parte, para la toma de determinadas decisiones importantes, ninguno debería actuar por cuenta propia si no media acuerdo con los demás[709].

---

[708] Determina expresamente el primer apartado del precepto que "*In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property*". Un sector de la doctrina señala que este concepto que ofrece la ley es inútil y autorreferencial y su contenido concreto debe buscarse en la jurisprudencia y en otros preceptos legales. La profesora sintetiza dicho contenido en tres aspectos básicos -los más destacados, pero no los únicos-, cuales son: a) *possession of the child* -son funciones de la "posesión": tener al menor en su compañía, realizar acuerdos para ceder el ejercicio de la responsabilidad parental a otras personas, el derecho de visitas si no tiene la custodia del menor y el derecho de elegir el apellido del menor (en el derecho de Inglaterra y Gales, no hay una regla que obligue a que sea el del padre o el de la madre, de modo que si no se ponen de acuerdo, pueden plantearle la cuestión a un juez)-; b) *the child upbringing* -crianza y educación el menor, que incluye decidir sobre su religión, educación y corrección- y, c) *protection of the child* -que se puede concretar en dos aspectos: consentimiento para someter al menor a tratamientos médicos y deber de mantener al menor-, DOUGLAS, G. *An Introduction to Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 77-85.

[709] *Vid.* BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, pp. 503 y 517 -posibilidad de acudir al juez-; p. 505 -toma de decisiones diarias si vive con uno o con todos los responsables parentales; pp. 504 y 527 -toma de decisiones importantes-. En este último caso, se ha señalado alguno de estos tipos de decisiones que sólo deberían adoptarse en connivencia, con base en la jurisprudencia: la escolarización -*Re G (A Minor)(Parental Responsibility: Education)* [1994] 2 FLR 964, CA-, el cambio de apellido -*Re PC (Change of Surname)* [1997] 2 FLR 230-, la circuncisión -*Re J (Specific Issue Orders)(Muslim Upbringing and Circumcision)* [2000] 1 FLR 571- o la vacunación del menor -*Re C (Welfare of Child: Immunisation)* [2003] EWCA Civ 1148, [2003] 2 FLR 1095-.

De este modo, el sistema adoptado por el derecho de Inglaterra y Gales es el conocido como "inclusivo", pues prevé dos métodos de atribución de potestades parentales a la pareja de uno de los progenitores del menor sin necesidad de prescindir de ninguno de ellos[710].

Más aún, de la lectura conjunta de las § 3 y 4A parece extraerse que la *parental responsibility* puede conferirse tanto al cónyuge o pareja del progenitor custodio como al del no custodio, con lo cual parece ser el ordenamiento jurídico que más lejos ha llegado en el reconocimiento de la figura del s*tepparent*.

Por otro lado, su correspondencia con el interés del menor puede ser controlada con carácter previo, al no tratarse de una atribución *ex lege*.

Esta solución legal es, en principio, una de las más prácticas y de las que pueden resultar de aplicación a más tipos de familias reconstituidas, ya que es posible tanto cuando no hay más que un progenitor, como en el caso de que ambos progenitores retengan la responsabilidad parental sobre el menor. Además, aunque la situación es en general más complicada en las familias en las que hay dos progenitores y uno o dos cónyuges de los progenitores debido al mayor número de implicados, puede deducirse que si los progenitores del menor consienten en acordar con el *stepparent*, de un lado, o si el tribunal considera adecuado al interés del menor acordar la medida, de otro lado, ambas circunstancias pueden ser un indicador de buenas relaciones entre los sujetos implicados.

Se ha sostenido que, en caso de divorcio o separación de la pareja, no están permitidos los acuerdos de atribución de la responsabilidad parental (es decir, la titularidad) entre el progenitor y su cónyuge o pareja, pero sí cabrían acuerdos sobre su ejercicio; asimismo, la autoridad judicial puede despojar al *stepparent* de la responsabilidad parental -haya adquirido la misma por el medio que sea- en atención al bienestar del menor, por ejemplo, en atención a la circunstancia de maltrato del otro progenitor o del propio menor[711]. Por otro lado, a la muerte del progenitor titular

[710] CORDIANO, A. "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *op. cit.*, p. 18.

[711] En este sentido, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, pp. 424 y 673. En cuanto a los acuerdos, en este sentido la §2(9) *Children Act* dispone que el titular o titulares de la responsabilidad parental no pueden transferir una parte de ella, pero sí acordar que una o más personas actúen en su nombre -lo representen- en el desempeño de ésta, en todo o en parte. Esta persona puede ser aquélla que ya es cotitular de la responsabilidad parental -§2(10)-. El delegante no deja de ser responsable del incumplimiento de las funciones de la responsabilidad parental que haya delegado -§2(11)-.

de la responsabilidad parental, se debe distinguir si hay o no otra persona que ostente esta función. En caso afirmativo, no habrá mayor problema, pero en caso negativo habrá que comprobar si el progenitor o progenitores fallecidos titulares de la responsabilidad parental nombraron un tutor para el menor para la contingencia de su muerte (lo que se contempla en la §5(3) *Children Act*). Este tutor podría ser el *stepparent*[712].

Por su parte, el *Children (Scotland) Act 1995* no contempla ningún modo de atribución de la responsabilidad parental más allá de los propios progenitores o de la esposa o pareja estable de la madre en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, situaciones reguladas también en el *Children Act 1989* de modo separado a la del *stepparent*.

Del derecho comparado se infiere que, por lo que respecta a la atribución de funciones de guarda o cuidado del menor que nace de la voluntad, las soluciones más interesantes son las ofrecidas por Alemania, Francia, Países Bajos e Inglaterra y Gales. El legislador alemán opta por otorgar la custodia conjunta a los cónyuges cuando el cónyuge progenitor esté de acuerdo con ello; los ordenamientos jurídicos francés y neerlandés requieren que la voluntad de las partes sea refrendada por la autoridad judicial, y el derecho de Inglaterra y Gales prevé la posibilidad de acuerdos entre las partes sin control judicial. En mi opinión, la opción de Francia y Países Bajos es más interesante, por cuanto la necesidad de recurrir al juez ayuda a garantizar que la voluntad las partes se ajuste al interés superior del menor. Pero a mi juicio la solución francesa es la más prudente[713], ya que mientras el BW aplica a la autoridad parental ejercida por el cónyuge del progenitor el mismo régimen jurídico que a la ejercitada los progenitores (lo que incluye el desempeño de las funciones de representación del menor y de administración de sus bienes), el *Code Civil* prevé que sean las partes quienes fijen el contenido de las funciones a realizar por el cónyuge del progenitor. De este modo, la delegación de funciones parentales puede adaptarse

[712] El nombramiento puede hacerse en favor de cualquier persona. Asimismo, de no haberse hecho nombramiento o de haber fallecido las personas nombradas como tutores o las nombradas en una *residence order –(who)* "*was named in a child arrangements order as a person with whom the child was to live*"-, el juez puede nombrar tutor a cualquier persona que lo solicite en la correspondiente orden -se desprende de lo anterior en relación con la §5(1) *Children Act*-.

[713] Aunque el *Code Civil* no se refiera expresamente al cónyuge del progenitor, sino que puede ser uno de esos "terceros" a los que se refiere la norma.

a la situación del concreto menor y, en cualquier caso, las medidas que se acuerden quedan sometidas a la vigilancia de la autoridad judicial[714].

1.6. Intervención judicial

De los distintos modos de atribuir funciones parentales o su ejercicio al cónyuge del progenitor resta por analizar el que tiene su origen por intervención judicial, sin mediar consentimiento de los progenitores, pero con respeto, como no puede ser de otra manera, de las garantías procesales de audiencia de los progenitores y del propio menor.

El Código Civil se refiere a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio que, tras la admisión de la demanda, el juez debe adoptar si no media acuerdo de los cónyuges, y establece la posibilidad de que el juez -con carácter excepcional- otorgue el ejercicio de la guarda y custodia del menor a los abuelos, parientes u otras personas, o una institución en su defecto (cfr. art. 103.1.ª, párr. 2º CC)[715]. Las funciones encomendadas estarán sometidas a la autoridad judicial, en cuyas decisiones primará siempre el interés del menor[716]. A

[714] Esta solución es, en realidad, la más concordante con nuestro sistema de instituciones tutelares. De hecho, se ha sostenido que, dado que estos acuerdos no buscan reemplazar la función parental de los progenitores, sino sólo asistir a éstos en su función, a través de esos pactos se estaría legitimando una guarda de hecho, reconociendo y facilitando su ejercicio. Así, RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad, op. cit.*, p. 226, posición seguida también por TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, p. 177-.

[715] Considero acertada la opinión de un sector de la doctrina que rechaza la posibilidad de que el precepto deba interpretarse en el sentido de que el mismo establece una jerarquía entre las personas nombradas, con prioridad de los abuelos. Más bien esas personas se encuentran equiparadas en la norma, pues el único criterio para determinar a quien se otorga la guarda y custodia es y debe ser el interés del menor. Si no hay una persona así, entonces deberá entregarse la guarda a una "institución idónea". En este sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad Civil*, nº 3, 2014, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjA0sDMQK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAkJ6LwkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

[716] Este párrafo fue introducido por el artículo 1.4 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos -BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003-. Debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las amplias facultades otorgadas al juez por ciertos artículos como el 103.1.º y 3.º CC en STC 4/2001 (Sala Segunda), de 15 de enero de 2001, ECLI:ES:TC:2001:4 (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001)-, en cuyo FJ 4.º se afirma que "Y precisamente en garantía (…) del interés familiar más necesitado de protección (art. 103 CC, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis

este respecto, debe destacarse jurisprudencia reciente[717]. También es interesante destacar otras resoluciones anteriores[718].

---

matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984 (Sala Segunda), de 10 de diciembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:120 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1985), FJ 2.º, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquélla que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo, y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio, "la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio".

[717] STS 492/2018 (Sec. 1.ª), de 14 de septiembre de 2018, Roj: STS 3154/2018, que otorga de manera temporal la guarda y custodia a la tía de la menor, por ser la que venía ejerciendo la guarda de hecho desde antes del fallecimiento de su madre, conservando el padre la titularidad de la patria potestad. En el supuesto de hecho de la referida sentencia, la guarda y custodia de la niña, de cinco años de edad, había sido entregada en primera instancia a la tía materna, por ser la persona que ejercía ya su guarda de hecho, y se estableció una pensión de alimentos a pagar por el padre y un régimen de visitas progresivo en su favor. Al adoptar esta decisión, el Juzgado de Primera Instancia tuvo en cuenta la posibilidad de hacerlo, aunque el guardador no fuera titular de la patria potestad, ni existiera situación de desamparo, ni se hubiera privado al progenitor de la patria potestad -ya que no tiene porque ser necesaria ni de interés para el menor- y el interés del menor, muy influido por el informe psicosocial. Sin embargo, en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el padre y lo restablece en la guarda y custodia de la niña, si bien con un lapso temporal durante el que se permite a la tía continuar ejerciendo la guarda. La Sala se basa en la falta de legitimación para que otra persona ejerza la guarda mientras uno de los progenitores conserve la patria potestad sobre la menor, además de quedar probado que el padre es apto para ejercerla y no existen riesgos para la menor a salvo el hecho de no haber mantenido relación alguna con su progenitor en el último año por la situación de enfrentamiento con la tía de la menor. La Sala Primera del TS, por su parte, estima que la situación debe valorarse desde el interés del menor, y no desde la condición del padre como titular de la patria potestad -de la cual no se le priva- y, en este sentido, la menor se encontraba en un entorno estable bajo la guarda de la tía, con la que llevaba mucho tiempo conviviendo y a quien tenía como referente, por lo que el Tribunal, en atención a ese interés, considera que debe mantenerse en la guarda y custodia de la niña a su tía para garantizar la estabilidad de aquélla y dada la falta de aptitud del padre para prestar atención a la menor por su edad, trabajo y otras cargas familiares, además de resaltar que los derechos del progenitor quedan adecuadamente amparados por el establecimiento de un régimen de visitas progresivo -vid. FD 2º y 4º-. Al artículo 103.1.2º, la sentencia de la Audiencia "le atribuye carácter de provisionalidad" -enuncia el TS en el FD 2º.1-; sin embargo, cita el TS la STS 679/2013 (Sec. 1.ª), de 20 de noviembre de 2013, Roj: STS 5713/2013, en la que se sostiene que, si bien el artículo 92 CC no contempla aquélla medida entre las que pueden acordarse con carácter definitivo en los procesos de crisis matrimoniales, tampoco presenta inconvenientes para que se pueda implantar "este régimen intermedio y extraordinario" en atención al interés del menor -es intermedio porque el régimen establecido tiene como fin la reintegración de la menor en el entorno paterno de forma progresiva-. Recuerda, a continuación, el Tribunal que la medida adoptada en este sentido puede ser objeto de revisión cuando las circunstancias cambien. En opinión de un sector de la doctrina, el Tribunal "consolida" la guarda a la tía materna -en el caso de la STS 492/2018, de 14 de septiembre-, pero no se la asigna con carácter permanente. Así, RUBIO TORRANO, E. "Patria

En relación a la figura del cónyuge del progenitor, la Sala Primera del TS ha resuelto un asunto con un supuesto de hecho complejo. Las partes implicadas son progenitores de tres hijos: un hijo mayor de edad, una hija adoptada por ambos y otra hija por naturaleza, pero cuya paternidad había sido impugnada por el padre por no corresponderse con la realidad biológica, determinándose la filiación con respecto a otro sujeto. A su vez, él se ha casado de nuevo y tiene otro hijo con su nueva esposa. Éste continuó encargándose del cuidado y gastos de las menores, también la que no era propia por naturaleza, incluso después de la impugnación de la paternidad, ya que contra la madre se había establecido una prohibición de aproximarse o comunicarse con sus hijas y, además, la misma no estaba psicológicamente en condiciones de encargarse de ellas y había demostrado priorizar sus intereses a los de sus hijas. En este contexto, el Juez de instancia le concede la guarda y custodia de ambas menores al padre -e incluso la patria potestad en exclusiva de la hija adoptiva; con respecto de la otra, esta medida no cabe-. La motivación del juez se basa en la relación personal mantenida hasta ese momento con la menor y por ser hermana de los hijos comunes. Resulta interesante señalar que el juez indica que, para ello, el demandante "dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma. Podrá actuar en toda clase de procedimientos de defensa de sus derechos e intereses y deberá contar con autorización judicial para los demás supuestos contemplados en el artículo 271 del Código Civil". Sin embargo, la AP falla a favor de otorgar la guardia y custodia de

---

potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* nº 11, 2018, p. 169.

[718] En cuanto al supuesto de hecho de la STS 47/2015 (Sec. 1.ª), de 13 de febrero de 2015, Roj: STS 253/2015, trata de un menor cuya madre se haya cumpliendo una condena de dieciocho años de prisión por haber matado al padre del niño. Desde entonces, la guarda de hecho la venía ejerciendo la tía paterna, la cual interpone una demanda en primera instancia en la que solicita la guardia y custodia de su sobrino y la suspensión de las visitas de los abuelos maternos. El juzgado le concede lo primero, pero también reconoce el derecho de los abuelos a relacionarse con el nieto, y fija un régimen de visitas. Los abuelos apelan la sentencia de primera instancia y consiguen que el tribunal les atribuya la guarda y custodia del menor, fijando un régimen de visitas del menor con la tía paterna. Ésta, a su vez, interpone un doble recurso ante el TS, extraordinario por infracción procesal y de casación, y la Sala Primera se pronuncia en el sentido de anular la sentencia de la AP y confirmar la sentencia del juzgado de primera instancia, de modo que el menor queda, finalmente, bajo la guarda y custodia de la tía paterna por considerar, por una parte, que el mismo se hallaba en un entorno estable y seguro y los lazos afectivos eran mayores con ésta que con sus abuelos -por lo que antepone el interés de este menor concreto a la posición privilegia que tienen, en principio, los abuelos en relación con otros parientes menos próximos- (FD 3.º) y, por otro lado, porque con el régimen de visitas de los abuelos también queda suficientemente garantizado el derecho de éstos y el del menor a tener relaciones con ellos. No obstante, el TS matiza una cuestión: que la madre mantiene el ejercicio de la patria potestad, pero está claro que con una condena de dieciocho años de prisión le será imposible ejecutar esas funciones, por lo que ordena que se de cuenta a la entidad pública territorialmente competente sobre protección de menores para que adopte las medidas pertinentes, de considerarlo necesario (FD 4.º).

ambas menores a la madre, siendo la patria potestad de la hija adoptiva compartida, y ni siquiera permite un régimen de visitas respecto de la menor cuya filiación fue impugnada, por no ser el recurrido padre biológico. El TS, en mi opinión muy acertadamente, da la razón al juez de instancia, haciendo primar el interés superior de la menor, al no ser éste un caso en el que el mismo se halle en mantener a la menor con aquéllos con quienes tiene lazos de sangre, para lo cual aplica, entre otros preceptos, los arts. 92, 103.1.º, párr. 2.º, y 158 CC. Estima la Sala que "Esta medida, no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 del CC con carácter definitivo en los procesos matrimoniales. Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad, y en la interpretación del artículo 92, a la que si refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés, (…) pero también de su hermana (…) que han convivido juntas desde el nacimiento de la primera, tanto bajo la guarda y custodia de la recurrente como de la del recurrido, con el que han mantenido unas buenas relaciones, como dice la sentencia, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el Sr. Julián y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo, como tiene éste, capacidad para asumir el cuidado de las menores, (…) sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego. Sin duda, (…) unas menores en un constante conflicto familiar, agravada por una situación prolongada de litigios, civiles y penales, con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respeta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna (…)" -FD 3.º-. En efecto, la autoridad judicial tiene, no sólo la posibilidad, sino el deber de dictar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores, ubicándolos en el entorno que más beneficie a su desarrollo y bienestar. Así, en el FD 3.º de la sentencia, el TS aprecia que, a pesar de que el art. 103 CC se refiere al procedimiento de medidas provisionales, nada obsta que pueda adoptarse también en el marco de un procedimiento de medidas definitivas como el del art. 92 CC[719].

[719] STS 679/2013 (Sec. 1.ª), de 20 de noviembre de 2013, Roj: STS 5713/2013. Algunos autores, tras analizar la jurisprudencia del TS, llegan a la misma conclusión, si bien consideran que, con independencia de esta posibilidad, sería más correcto incluir expresamente la posibilidad en sede de medidas definitivas. En este sentido, MÉNDEZ TOJO, R. "Atribución de la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores. A propósito de la STS 492/2018 de 14 de septiembre", *Actualidad Civil*, nº 1, 2019, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjCxNjcUK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAQGqKmkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Granada ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso en el que se dirimía si la guarda y custodia de una menor debía ostentarla el padre biológico o el cónyuge de la progenitora cuando ésta ha fallecido, y en esta ocasión el resultado fue diferente[720]. Desde el nacimiento de la menor, su guarda y custodia era ejercida por su madre junto a su cónyuge y, tras el fallecimiento de ésta, fue ejercida por su cónyuge en exclusiva. El padre biológico de la niña decide solicitar la guarda y custodia y el Juzgado de Primera Instancia -que sigue la doctrina sentada por la Sala de lo Civil de la AP Granada en relación a la preeminencia del interés superior del menor en estos asuntos sobre el de los progenitores, además de la correspondiente normativa nacional e internacional- infiere que la niña debe continuar al cuidado del cónyuge de su progenitora y desestima la demanda del padre -con fundamento, además de en los artículos referentes específicamente a la protección e interés del menor, en los arts. 92, 94, 156 *in fine*, 158 y 159 CC-. Sin embargo, la SAP Granada, considera que el Juez erró en su conclusión, ya que una resolución del caso conforme a derecho habría sido otorgar la custodia al padre en virtud de los artículos 154 y 156 CC -deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía si no están emancipados y derecho-deber del progenitor de ejercer la patria potestad en exclusiva cuando el otro falte-, ya que al parecer siempre había ostentado la patria potestad sobre la menor. De este modo, la Sala estima el recurso, revoca la sentencia apelada y atribuye al padre biológico la guarda y custodia de la niña. No obstante, como también advierte la Sala, ello no es óbice para que el cónyuge del progenitor incoe un proceso para solicitar un régimen de visitas, "dada la estrecha e innegable relación" con la menor -FD 2º-. Se observa cómo, según el parecer de la Sala, la imperatividad y sacrosantidad del instituto de la patria potestad y el vacío legal existente para estas

---

Otro sector de la doctrina, que ha comentado la anterior sentencia, considera además que, con base en las facultades asignadas al juez en virtud del artículo 158.2.º CC para que dicte las disposiciones que considere oportunas "a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda", el juez puede atribuir la guarda y custodia a persona distinta de los progenitores en el marco de cualquier procedimiento, aunque no sea el relativo a una crisis matrimonial, puesto que la finalidad perseguida es la protección del menor. Así, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M. "Atribución de la guarda y custodia de un menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 3, 2014, pp. 71-79, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNDIzMzE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAY-428yAAAAA=WKE el 26/07/2020. Asimismo, como sostiene la autora, el ejercicio de este tipo de guarda es temporal -siempre; incluso al hilo de un procedimiento de medidas definitivas, esta concreta medida no lo es- y la persona designada sólo puede ejercerla con carácter definitivo si se constituye la tutela y resulta ser el tutor del menor, después de suspenderse o privarse a los progenitores de la patria potestad.

[720] SAP Granada 473/2011 (Sec. 5.ª), de 4 de noviembre de 2011, Roj: SAP GR 1456/2011.

concretas situaciones de hecho, nunca permitirían otorgar la guarda y custodia de un menor al cónyuge del progenitor, de haber un progenitor sobre el tablero de juego. En principio, parece lo más razonable, pues se deben respetar las funciones de los progenitores, básicamente por dos razones: 1) porque no han sido privados de la patria potestad, y 2) porque si se quiere abrir la puerta a otra solución, debería establecerse por ley, aunque fuera otorgando el poder de decisión a la autoridad judicial. Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurriría, conforme con la legislación vigente, si no hay progenitor vivo o éste ha perdido la patria potestad. Entonces es cuando entran en juego las instituciones tutelares. El cónyuge del progenitor vendría ejerciendo la guarda de hecho sobre el menor, pero habría de nombrarse un tutor. El progenitor o progenitores del menor pueden designar tutor al cónyuge de uno de ellos, pero si no lo han hecho, la única posibilidad que tiene éste de ser tutor de este menor es que el Juez haga uso de su prerrogativa -excepcional y motivada- de desechar para el cargo a todos los sujetos relacionados en el artículo 234 CC si el interés superior del menor demanda otra solución: la de designarlo a él por entender que la estrecha relación entre ambos lo justifica (art. 234 CC, penúltimo párr.).

A propósito de las soluciones del TS, se debe hacer referencia ahora a la guarda de hecho. Como ya se sabe, el cónyuge del progenitor no puede considerarse, propiamente, como un guardador de hecho, ya que es una figura distinta con particularidades propias. No obstante, es posible que, en algún caso concreto, el cónyuge del progenitor de un menor sí reúna también los requisitos para ser considerado guardador de hecho[721]. En estos supuestos, deben aplicarse los artículos 303, 304 y 306 CC. Por tanto, si el guardador ha realizado actos en interés del menor y éstos se impugnan, la autoridad judicial no podrá declararlos nulos si se demuestra que le son beneficiosos[722]. El juez puede pedir cuentas al guardador y mantenerlo en su posición, en tanto no se decide una medida más definitiva de protección del menor. Puede otorgarle las funciones tutelares que considere necesarias. Esto es muy parecido a lo que establece el artículo 103.1.ª, párr. 2.º CC -atribución excepcional de la guarda de un menor a un tercero por decisión judicial-. En el presente caso, el

[721] Que, se recuerda, son: actuación voluntaria sin delegación de los progenitores o tutores; actuación continua y duradera; protección del guardado con responsabilidad decisoria, y actuación sin título jurídico alguno -legal o contractual-.

[722] Sobre los actos que pueden resultar válidos si se prueba su provecho para el menor, debe recordarse que pueden ser de naturaleza personal, patrimonial, de administración y de disposición. Por tanto, quedan fuera los derechos personalísimos del menor, los que requieren escritura pública -a salvo la posibilidad de que el juez ordene posteriormente su elevación a la misma- y, por supuesto, el juez puede anular los actos que perjudiquen al menor, aplicando la regla general para quien actúa sin legitimación, es decir, el artículo 1259 CC -sobre esto último, STS 167/2016 (Sec. 1.ª), de 17 de marzo de 2016, Roj: STS 1169/2016, FD 2.º.

Código no especifica que las funciones deban realizarse bajo la autoridad del juez. Sin embargo, establece que cuando el juez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá establecer "las medidas de control y vigilancia que considere oportunas" (cfr. art. 303.1.º CC), por lo que parece que las funciones tutelares conferidas al guardador de hecho van a estar sometidas al mismo control que las confiadas al guardador del artículo 103.1.ª, párr. 2.º CC. Ello es lógico, si se tiene en cuenta que su atribución es de origen judicial y que, en ambos casos, se carecía de título para actuar antes de la intervención del juez. En realidad, parece que la diferencia entre lo dispuesto en el artículo 303 CC y lo establecido en el artículo 103.1.ª, par. 2.º CC es que el primero legitima *a posteriori*, en interés del menor, una actuación desempeñada previamente al conocimiento judicial de la situación, mientras que el segundo se aplica a las situaciones en las que se ha podido o no actuar como un guardador de hecho -ya que se puede conceder la guarda a quien ha desempeñado esta función o cualquier otra persona de las que señala el artículo, si es lo que demanda el interés del menor-. En otras palabras, el primero se refiere a una situación más específica y el segundo tiene un carácter más general.

En este punto se ha de retomar el relato sobre el deber de obediencia. El mismo no cabía para el cónyuge del progenitor que convive con el menor, directamente, en virtud de la ley. Sin embargo, si por decisión judicial, el menor se encomienda a aquél y, como dice el precepto, se le confieren las "funciones tutelares", parece bastante claro que del menor se exigirá su contrapartida: el deber de obediencia[723]. En otro caso, la atribución judicial de esas funciones quedaría en saco roto, pues no podrían hacerse efectivas. El deber de obediencia exigido debe ser mayor cuanto más amplias sean las funciones tutelares que se desempeñen.

Ha habido algunas ocasiones en que tener la posesión de estado (es decir, la realización constante del cargo de padre) ha servido para el ejercicio de la acción declarativa del artículo 131 CC, y como consecuencia de la declaración de filiación, evidentemente va a producir todos sus efectos[724]. Pero a mi juicio, al igual que

[723] Parece que debe extenderse lo dispuesto en el artículo 155.1.º CC -deber de obediencia a quienes ostentan la función parental, en sede de relaciones parentofiliales- a quienes ostenten las funciones tutelares -sea por aplicación del artículo 103.1.ª, párr. 2º CC o por la concurrencia de alguna de las instituciones tutelares-, puesto que el mismo es la necesaria contrapartida de las funciones encomendadas o ejercidas por todos ellos. Por ejemplo, el tutor viene obligado a velar por el tutelado, procurarle alimentos, educarlo y procurarle una formación integral en virtud del artículo 269 CC, pero nada dispone el Código Civil sobre el deber de obediencia del tutelado. Sin embargo, que no esté expresamente recogido no significa que no deba darse, ya que de otro modo no es posible el ejercicio de la tutela que, como se sabe, se desempeña en interés del propio menor.

[724] Así, la STS 836/2013 (Sec. 991.ª), de 15 de enero de 2014, Roj: STS 608/2014. En este caso, dos mujeres mantienen una relación no matrimonial durante diez años y, en un determinado

momento, una de ellas se somete a las técnicas de reproducción asistida para ser madre. Tras casi tres años de convivencia de los tres, y tras un episodio de malos tratos recíprocos, la pareja se separa y, a la que no es progenitora del menor, se le concede un régimen de visitas tan amplio como el de los progenitores, que confirma posteriormente la STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011, citada, a la que aquí no procede referirse. Casi cuatro años después, la Sala ha de pronunciarse en relación a otra cuestión sobre el mismo supuesto de hecho. Se plantea una reclamación de determinación de la filiación por posesión de estado. El juez de primera instancia estima la demanda con fundamento en el artículo 7.3.º de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRHA). Posteriormente, la AP Toledo falla en contra con base en el artículo 108 CC -la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción-, en que la acción ejercitada no es la del art. 7.3.º CC -sino la del art. 131 CC ("Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada")-, que la LTRHA no se puede aplicar con carácter retroactivo y que no considera probada la posesión de estado por lo corto de la convivencia con el menor -tres años-. Por su parte, el TS estima el recurso de casación, anula la SAP y confirma la resolución de primera instancia. Estima el motivo de casación por infracción del artículo 131 CC en relación el artículo 7.3.º LTRHA. Los fundamentos ofrecidos por la Sala son: la igualdad de todos los hijos con independencia de su origen -arts. 14 y 39.2 CE-, la protección de las familias, los hijos y las madres sea cual sea su estado civil -en general, art. 39 CE-, el derecho al libre desarrollo de la personalidad -art. 10 CE- y la ponderación primordial del interés superior del menor. Considera probado que fue una decisión conjunta el recurso a las TRHA y que, tras ello, existió una unidad familia; tiene en cuenta la importancia de estos consentimientos -voluntad- en la determinación legal de la filiación, frente a la idea de que sólo importa el "hecho biológico"; considera, por tanto, legitimada a la expareja de la madre para entablar la acción del art. 131 CC, dados los hechos probados y la compatibilidad con la determinación con respecto a la otra progenitora. Recuerda que es doctrina de la Sala que son hechos reveladores de la posesión de estado la unidad familiar y la relación o trato como padre o madre desde el nacimiento del menor y siempre que beneficie a éste, y que éstos fueron constatados en relación a este caso en la previa STS de 12 de mayo de 2011. Finalmente, pondera todos los datos conforme al interés superior del menor, atendiendo a dos funciones del mismo: 1) "…como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013 , nº 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor"; 2) "…desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para adverar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica". Considera que se dan ambas positivamente, en atención a los informes técnicos, y que es viable, por tanto, la acción ejercitada. Como se ve, se trata de una cuestión compleja y controvertida, y reflejo de ello es fue objeto de un voto particular emitido por tres magistrados de forma conjunta: éstos manifestaron que algunos hechos que se consideraron en la toma de la decisión no habían quedado efectivamente probados, como, por ejemplo, el consentimiento de la no progenitora a las TRHA. En efecto, en la primera sentencia relacionada con el caso -la STS 12 mayo 2011- la Sala afirmó que tal extremo no había quedado acreditado. Asimismo, en el supuesto de hecho de la STS 5 diciembre 2013, que la presente sentencia menciona con frecuencia, no es idéntico, porque en aquel caso la pareja estaba casada, supuesto que sí contempla el art. 7.3.º LTRHA. También argumentan que el interés del menor no sólo no justifica la decisión, sino que, de hecho, impide tal pronunciamiento. En este sentido, el propio interés del menor es razón de que se dé tratamiento distinto a la esposa y a la pareja, por la estabilidad que aporta el matrimonio para el menor, por ejemplo, en el ejercicio de la patria potestad, los alimentos o derechos sucesorios -STS 5 diciembre 2013, FD 3.º y 4.º-. Finalmente, estiman que no cabe acudir a la posesión de estado para reclamar la

ocurría con la adopción y otras figuras, no parece un medio idóneo para solucionar los problemas de las familias reconstituidas, ya que se trata de una acción de reclamación de la filiación misma, y no de la función parental o de su ejercicio.

Por otro lado, el derecho catalán se refiere a la posibilidad de atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del progenitor que tenga asignada su guarda en exclusiva (cfr. art. 236-15, apdos. 1.º y 2.º CCCat.)[725]. En ese caso, el otro progenitor

---

determinación de la filiación, sino que aquélla se trata "de una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación" del artículo 7.3.º LTRHA. No obstante, no comparto el argumento por el que se considera que no se debe determinar la filiación con respeto a una segunda madre por complicar la situación familiar, y que ello no beneficie al menor, puesto que esto no es, ni más ni menos, que lo que sucede en el caso de separación o divorcio entre los progenitores biológicos o adoptivos en el seno de cualquier familia española, lo cual ya viene a ser la normalidad.

Sobre esta cuestión se ha mantenido que tiene lugar -legamente- una discriminación de las parejas homosexuales de hecho, pues sí se permite a las heterosexuales consentir en la determinación de la filiación con respecto al hijo de su pareja cuando ésta se somete a técnicas de reproducción asistida -arts. 8.2 y 9.3 LTRHA-. Se ha aplicado el principio del interés superior del menor para neutralizar los efectos del artículo 7.3 LTRHA en estos casos, lo cual es positivo en aras de la justicia material, si bien no es lo más adecuado desde el punto de vista de la técnica jurídica; es el legislador el que debe practicar una reforma. En este sentido, TAMAYO HAYA, S. "Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación"… *op. cit.*, p. 100.

En efecto, se hace necesaria una reforma por los resultados discriminatorios de la actual normativa, ya que, aunque el legislador tiene la libertad de regular la unión no matrimonial como mejor estime y no equipararla al matrimonio, resulta injustificado abrir o no la posibilidad a las parejas no matrimoniales en atención a su orientación sexual, porque se margina, no por ser pareja no casada, sino por ser pareja no casada de homosexuales. No obstante, la discriminación más importante se produce con respecto a los hijos de la familia, que en ningún caso deben sufrir desigualdades -art-39.2.º CE-. En cualquier caso, por muy buenas que sean las intenciones, parece desaconsejable otorgar la patria potestad a la expareja de la madre biológica del modo que lo ha hecho el TS. En sintonía con la opinión de la autora citada *ut supra* y -en parte- con el voto particular de la sentencia, es al legislador a quien corresponde corregir la situación.

Se ha encontrado una sentencia que aplica la doctrina anterior -la SAP Madrid 1015/2018 (Sec. 22.ª), de 30 de noviembre de 2018, Roj: SAP MA 16061/2018-. La Sala conoce de un asunto parecido, pero en el cual el menor se encuentra integrado en el núcleo familiar formado posteriormente por la madre y su nueva esposa. De este modo, la AP reconoce la legitimación de la expareja de la madre para interponer la acción de determinación de la filiación por posesión de estado, pues ha quedado acreditada la posesión de estado de ésta y el consentimiento prestado a las técnicas de reproducción asistida -aunque, como se sabe, la ley sólo contempla esto último para el o la cónyuge de la progenitora o la pareja heterosexual- y la misma no ha caducado; pero desestima el recurso en atención al interés del menor, ya que en primera instancia se han fijado unas visitas bastante amplias y, si bien el menor guarda un recuerdo afectuoso con respecto a la expareja de la madre, la mala relación entre ambas y la integración del menor en su nuevo entorno familiar desaconsejan la determinación de la filiación solicitada.

[725] "Artículo 236-15. Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable. 1. Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, el otro progenitor la recupera.

recobra la guarda del menor, con una excepción: si el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal[726], estima que es mejor para el interés del menor, ambos han convivido previamente -no especifica tiempo- y se han oído al otro progenitor y al propio menor[727], puede atribuir su custodia a la pareja del progenitor fallecido[728].

---

2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor.

b) Que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo establecido por el artículo 211-6.2. (…)".

[726] El precepto no pide que este informe sea favorable, pero, aunque lo pidiera, sería irrelevante por su inconstitucionalidad, dado que el inciso correspondiente del número 8 del art. 92 CC, referido a la guarda y custodia compartida, que contenía una previsión en este sentido, fue declarado inconstitucional por el TC.

[727] Sobre la excepcionalidad de esta norma se ha comentado que podría resultar contradictoria con el interés del menor -criterio a seguir, de modo prioritario, en estos procesos-, y la audiencia del menor no era necesaria pedirla, puesto que ya la exige el artículo 211-6 CCCat. Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, p. 65 Establece dicho artículo que:

"Artículo 211-6. Interés superior del menor.

1. El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.

2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

3. Para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menos, tiene suficiente juicio".

En mi opinión, no se ha de ver así, necesariamente. Lo normal es que el menor esté con su otro progenitor, así que es natural que ésta sea la regla general, salvo que sea contrario a su interés, y respetando, por supuesto, sus derechos a ser oído e informado. No parece que la intención del legislador sea anteponer otros valores al interés del menor, sino que presupone que el interés del menor se va a corresponder, en la mayoría de los casos, con la recuperación parental de la guarda. Y es por eso que es una medida excepcional: se presume que el interés del menor equivale a la regla general, salvo que se pruebe lo contrario. En este caso, la norma prevé que pueda adjudicarse al cónyuge de su progenitor fallecido, si bien se asegura de que se cumplan unas garantías que se consideran mínimas y lógicas, cuales son la previa convivencia con el menor -que es no es sino repetir el supuesto de hecho del art. 236-14 CCCat. para el caso de ejercicio en vida del progenitor- y la audiencia del otro progenitor y del propio menor -que también es una reiteración de unas garantías procesales ya previstas-. El derecho del menor a ser oído ya forma parte del interés del menor, por lo que el establecimiento de esta condición no es más que la alusión a un contenido concreto del referido principio. El principio del interés superior del menor es, desde luego, el que debe guiar toda actuación en los procedimientos que impliquen a un menor; sin embargo, no se debe interpretar de forma exagerada, pues en ese caso el resto de principios y reglas del sistema perderían toda su virtualidad. Y es que aquél es el principio superior, pero no el único digno de cuidado.

[728] Aquí se debe hacer notar que se produce una interesante superposición con la tutela. Es necesario plantearse si en derecho catalán se trata de una tutela o no. De la lectura de los artículos 222-1, 222-10.2.º, d) y 3.º CCCat. parece concluirse que no. Los sujetos sobre los que debe constituirse la tutela son los incapacitados si la sentencia así lo ordena y los "menores no emancipados

Algunos autores señalan que la atribución de la custodia puede ser instada por el menor, el cónyuge o pareja del progenitor o el Ministerio Fiscal, y que para su atribución el juez debe ponderar el interés del menor con el tiempo de convivencia trascurrido[729].

Por otra parte, se establece que el ejercicio de la guarda se hará conforme con lo acordado por los cónyuges en el plan de parentalidad y, si tal acuerdo no ha tenido lugar, según lo dispuesto por la autoridad judicial (cfr. art. 233-10 CCCat.). Se determina que, de forma excepcional, el juez puede atribuir el ejercicio de la guarda a terceras personas, distintas de los progenitores, hasta el punto de dotarlas de "funciones tutelares" y suspender a los progenitores de la potestad parental. Todo ello, por supuesto, si el interés del menor lo demanda (cfr. art. 233-10, párr. 4.º CCCat.)[730]. Es una disposición muy similar al artículo 103.1.ª, párr. 2.º CC.

En cuanto al derecho francés, contiene algunas previsiones legales en relación a terceros cuyo acuerdo corresponde al juez en exclusiva. Entre estos terceros se podría hallar el cónyuge del progenitor. *V. gr.* en materia de intervención de terceros

---

que no estén en potestad parental" (art. 222-1 CCCat.). No es el caso del supuesto del art. 236-15.2.º CCCat. Además, el orden de la delación establecido legalmente no se corresponde con lo dispuesto en el anterior precepto. Así, en caso de no haberse designado tutor mediante testamento o codicilo o en escritura pública, la autoridad judicial nombrará preferentemente a:

"a) El cónyuge o el conviviente en pareja estable de la persona incapacitada, si existe convivencia.

b) Los descendientes mayores de edad de la persona incapacitada.

c) Los ascendientes del menor o incapacitado, salvo que se prorrogue o rehabilite la potestad parental.

d) En caso de muerte del progenitor del menor o incapacitado, el cónyuge o el conviviente en pareja estable de aquel, si convive con la persona que debe ser puesta en tutela.

e) Los hermanos del menor o incapacitado" (art. 222-10.2.º CCCat.).

Obviamente, el interés del tutelado permite la alteración de este orden (art. 222-10.3.º CCCat.). Asimismo, se debe observar que este último apartado permite que el juez, en beneficio del tutelado, no sólo altere el anterior orden, sino que -coincidan o no con las personas de la lista- escoja como tutor "a la persona que ha actuado como asistente o como guardadora de hecho, a las que se presenten voluntariamente para asumir los cargos indicados u a otra persona".

En conclusión, parece desprenderse de la ley que la guarda atribuida mediante resolución judicial al cónyuge o pareja estable del progenitor fallecido es una figura jurídica distinta de la tutela, sin perjuicio de que el juez pueda nombrar tutor a esta persona si lo estima conveniente para el interés del menor; pero para llegar a esta situación el menor no debe estar sujeto a potestad parental, es decir, no debe haber progenitor vivo o, de haberlo, éste debe haber perdido tal potestad.

[729] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, p. 65.

[730] Art. 233-10. 4.º CCCat.: "4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental".

para el caso de separación de los progenitores, que se establece que el juez puede confiar el niño a un tercero, en atención a su parentesco con el mismo, preferentemente -aunque no exclusivamente- (cfr. art. 373-3 apdo. 2.º CCF). Se trata de una medida excepcional y que ha de atender al interés superior del menor, como puede ser en el caso de que uno de los progenitores haya sido privado de la autoridad parental. Su apartado 3.º otorga al juez, asimismo, la facultad de decidir, para el caso de fallecimiento de uno de los progenitores y estando éstos separados, si el menor se confía al sobreviviente o a un tercero, siendo esta última facultad excepcional. Parece que este tipo de medidas son temporales, pues los progenitores siguen conservando la autoridad parental -el guardador se encarga de los actos relativos al cuidado y educación del menor- y porque el juez tiene la facultad de decidir si se debe abrir o no la tutela (cfr. art. 373-4 CCF) y la obligación de hacerlo si las condiciones que llevaron a los progenitores a perder el ejercicio de la autoridad parental del menor persisten (cfr. art. 373-5 CCF). Asimismo, el juez que ha conocido sobre la determinación de la filiación de un menor, puede confiarlo temporalmente a un tercero, y éste deberá solicitar la organización de la tutela (cfr. art. 374-1 CCF). Estas medidas guardan similitud con la prevista de forma más escueta en el artículo 103.1.ª, párr. 2.º CC.

El *Code Civil* contempla también lo que denomina "asistencia educativa". Se trata de una medida que puede acordar el juez cuando la salud, la seguridad o la moral de un menor se hallen en peligro o si las condiciones de su educación o de su desarrollo físico, afectivo, intelectual y social se hallen seriamente comprometidos[731]. En principio se pide que sea a solicitud de los progenitores, tutor, persona o institución que tenga la guarda del menor o del ministerio fiscal, pero también se permite que el juez conozca de oficio de manera excepcional (cfr. art. 375, apdo. 1.º CCF). Se recoge, entre las personas a las que puede ser confiado el menor para su protección, a otro miembro de la familia diferente de los progenitores o un tercero de confianza (cfr. art. 375-3 CCF). Estas medidas de asistencia educativa pueden modificadas en cualquier momento de oficio o a solicitud de los progenitores, el tutor, el tercero al que se ha confiado el menor, el propio menor o el ministerio fiscal (cfr. art. 375-6 CCF). Los progenitores siguen conservando la autoridad parental sobre el menor, ya que esta medida no es incompatible con ello (cfr. art. 375-7, apdo. 1.º CCF)[732]. Además, el juez puede, de forma excepcional, y

[731] Se ha señalado que estas medidas son de diversa naturaleza y graduación, de modo que pueden consistir desde simples consejos hasta la separación del menor de su familia. Así, BEIGNIER, B., BINET, J.R. *Droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 371.

[732] En este sentido se han pronunciado algunos autores, que afirman que los progenitores, incluso ejercen las funciones que sean compatibles con la medida judicial. No tienen el derecho de

siempre en interés del menor, autorizar a este tercero a realizar un acto propio de la autoridad parental si existe un rechazo injustificado o negligencia por parte de los titulares de aquélla, si prueba la necesidad de dicho acto (cfr. art. 375-7, apdo. 2.º CCF).

Asimismo, cuando trata la privación de la autoridad parental, que es una medida excepcional, el legislador francés establece que, al acordarla, el juez debe, en caso de que el otro progenitor haya fallecido o sido privado asimismo del ejercicio de la autoridad parental, nombrar a un tercero para que se encargue provisionalmente de la guarda del menor, así como de solicitar la organización de la tutela (cfr. art. 380, apdo. 1.º CCF).

En el derecho de Inglaterra y Gales, el *Children Act* de 1989 regula, entre los modos de atribución de la responsabilidad parental al *stepparent*, no sólo los acuerdos entre las partes, sino también la decisión judicial a instancia del *stepparent* (cfr. § 4A (1) (b)). Al igual que para el caso de la responsabilidad parental adquirida por contrato, ésta sólo puede acabar por resolución judicial a solicitud de cualquiera de los responsables parentales o del mismo menor si la autoridad judicial estima que tiene juicio suficiente para ello (cfr. § 4A (3) y (4)).

El *stepparent* tiene legitimidad para solicitar a la autoridad judicial la *residence order* -que dispondrá con quién vivirá el menor- en virtud de las § 8 y ss. de la *Children Act*, cuya duración finaliza cuando el menor cumple los dieciséis años, salvo que se extienda más allá de modo excepcional[733]. Así, se enumera entre las personas que pueden pedirla, las que tengan la responsabilidad parental del menor en virtud de la § 4A (cfr. § 10 (4), (aa)). Las personas a quienes se les conceda esta orden distintas de los progenitores o el tutor, tienen la facultad de decidir sobre cuestiones de la vida diaria del menor -incluidos su localización y movimientos-, y

---

custodia, sin embargo, y a veces tampoco el de mantener relaciones o comunicar con el menor. Se conserva el poder de decisión sobre los llamados "actos graves" en relación a la persona del menor, por lo que el tercero sólo podría realizar los "actos usuales". Así, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, p. 31.

[733] Un sector de la doctrina ha sostenido que este modo de adquirir la responsabilidad parental es el normal para el cónyuge o pareja del progenitor, mejor que la adopción. Así, BURTON, F. *Family Law*, *op. cit.*, p. 398. Asimismo, se ha señalado que el progenitor y el *stepparent* pueden solicitar conjuntamente la *residence order*. El fin de la relación de pareja no implica el fin de la responsabilidad parental, pero el progenitor del menor puede solicitar a la autoridad judicial que se retire la *residence order* al *stepparent*, con lo que se pondrá fin a la responsabilidad parental de éste. Así, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 392 y 416.

en general, mayor poder de decisión en relación al menor, por cuanto la orden lleva aparejada la responsabilidad parental[734], pero no pueden dar su consentimiento a la adopción del menor ni pueden nombrar a un tutor (cfr. § 12(3) (b) y (c)).

En el derecho estadounidense, se observa cómo en un conocido asunto, el Tribunal Supremo de Carolina del Norte admite que es posible otorgar la custodia al "*de facto* parent", a pesar de la existencia de una madre biológica, en interés del menor en un caso como el planteado (por el abandono de la madre y el haber hecho creer durante años al "*de facto* parent" que era el padre biológico de la niña)[735].

En modo similar se pronuncia el Tribunal Superior de Pennsylvania -tribunal de apelaciones- en un asunto[736], cuya decisión merece la pena comentar porque, cuanto menos, invita a reflexión sobre algunos puntos de interés para este trabajo. En

[734] DOUGLAS, G. *An Introduction to Family Law, op. cit.*, p. 121.

[735] *Price v. Howard*, 484 S.E.2d 528 (N.C. 1997), 9 de mayo de 1997, consultada en https://caselaw.findlaw.com/nc-supreme-court/1350086.html el 26/07/2020. El Sr. Price y la Sra. Howard tienen una hija en el año 1986 y viven juntos hasta 1989. Desde la ruptura hasta 1992, la Sra. Howard deja a su hija al cuidado del Sr. Price. En 1992, el Sr. Price interpone un a demanda solicitando la custodia legal de la niña, pero la Sra. Howard niega su paternidad. El tribunal de instancia ordena su prueba y se demuestra que, en efecto, el Sr. Price no es el padre biológico de la niña. Sin embargo, el tribunal adopta como medida provisional, en beneficio de la menor, que ésta continúe bajo la custodia del Sr. Price en tanto que no recae la decisión definitiva. Desde ese momento -1992- hasta la sentencia -1995- la niña permanece con el padre. A pesar de que el tribunal de instancia tiene la convicción de que el interés de la menor se corresponde con permanecer bajo la custodia del Sr. Price, se siente compelido por la entonces reciente doctrina del Tribunal Supremo de Carolina del Norte recaída en el asunto *Petersen v. Rogers*, 337 N.C. 397, 445 S.E.2d 901 (1994), en virtud de la cual no podía conceder la custodia a este tercero en detrimento de la madre biológica. El Tribunal de Apelaciones confirma la decisión de instancia y la doctrina *Petersen v. Rogers*. Más tarde -1997-, en apelación, el Tribunal Supremo de Carolina del Norte admite la posibilidad de otorgar la custodia de la niña al "*de facto* parent" con base en los siguientes fundamentos jurídicos: la Asamblea General de Carolina del Norte -órgano legislativo- establece como criterio en los procesos de custodia que tienen lugar en este estado el asignar la custodia de un menor a la persona, institución u organización que mejor garantice el interés y bienestar de ese menor -N.C.G.S. § 50-13.2(a) (1996)-. Es decir, para atribuir la custodia debe realizarse un test a través del cual se esclarezca donde reside el interés del menor. El problema es que, en principio, ese test sólo puede hacerse cuando los que compiten por la custodia son ambos progenitores -biológicos o adoptivos- o ambos no progenitores. En este caso, según la doctrina *Petersen*, entre otras, el interés de la madre biológica está, constitucionalmente, por encima de quien no lo es. Sin embargo, el Tribunal Supremo juzga conveniente hacer un análisis en el que se calibren el interés del progenitor en la custodia y el interés del Estado en asegurar el bienestar de los menores. Tras ello, el Tribunal concluye que, en un supuesto como el examinado, en el que se observa un "abandono" de la madre durante varios años y se ha hecho creer al apelante que en realidad era el padre biológico, es posible atribuir la custodia al "*de facto* parent" si ello resulta beneficioso para la menor.

[736] *Bupp v. Bupp*, 718 A.2d 1278 (Pa. Super. Ct. 1998), 19 de octubre de 1998. Consultado en https://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1347184.html el 26/07/2020.

ella, el *stepfather* solicita la custodia (física) parcial[737] de la niña, a cuyo propósito se apoya en la doctrina de *in loco parentis*[738], y la consigue por demostrar dicho estatus y su beneficio para la menor, a pesar de la oposición de la madre[739].

[737] El tribunal distingue entre la custodia física y la custodia legal. Parece que por la primera debe entenderse la guarda de la persona del menor, y si es parcial, parece corresponderse con el derecho de visitas en el derecho español, que como se sabe, puede consistir en unas meras visitas o incluir pernocta, de modo que se trata más bien de una guarda más corta, es decir, que la diferencia entre guarda y visitas no es un diferente contenido sino un diferente reparto del tiempo. Por tanto, es de suponer que la custodia legal debe referirse al resto de facultades que engloban la función parental: aspectos patrimoniales y de representación.

[738] El tribunal cita la doctrina de *in loco parentis*: "la frase "in loco parentis" se refiere a una persona que se coloca en la situación de un padre legal por asumir las obligaciones inherentes a la relación parental sin seguir las formalidades de la adopción legal. El estatus de "in loco parentis" incluye dos ideas: primero, la asunción de un estatus parental y, segundo, el desempeño de los deberes parentales". Además, se cita la doctrina del asunto *Commonwealth ex. rel. Morgan v. Smith, 429 Pa. 561, 565, 241 A.2d 531, 533 (1968)*, de modo que "Un factor importante para determinar si un tercero tiene estatus es si ha vivido con el niño y su progenitor en un contexto familiar, con independencia de su composición tradicional o no tradicional, y que ha desarrollado una relación con el niño como resultado de la participación y aquiescencia del progenitor". Asimismo, cita la doctrina del asunto *J.A.L. v. E.P.H.*, 453 Pa. Superior Ct. 78 (1996) 682 A.2d 1314, que establece, además, que "donde se buscan sólo derechos de custodia limitados, la naturaleza limitada de la intrusión en la familia biológica debe ser considerada al decidir si el estatus es percibido". Expresamente, dice así: "*The well settled definition of in loco parentis is set forth as follows: The phrase 'in loco parentis' refers to a person who puts himself in the situation of a lawful parent by assuming the obligations incident to the parental relationship without going through the formality of a legal adoption. The status of 'in loco parentis' embodies two ideas; first, the assumption of a parental status, and, second, the discharge of parental duties. Commonwealth ex. rel. Morgan v. Smith, 429 Pa. 561, 565, 241 A.2d 531, 533 (1968). An important factor in determining whether a third party has standing is whether the third party lived with the child and the natural parent in a family setting, irrespective of its traditional or nontraditional composition, and developed a relationship with the child as a result of the participation and acquiescence of the natural parent. J.A.L. v. E.P.H., 682 A.2d at 1321. Moreover, "where only limited custody rights are sought, the limited nature of the intrusion into the biological family must be considered in deciding whether standing has been made out." Id.*".

[739] Los Bupp son una pareja que tiene una hija común, Leah; luego se casa, se separa, se divorcia y de nuevo retoma su relación. Tres meses después de la reconciliación, ella da a luz una hija que no es del Sr. Bupp, sino de otro hombre, el Sr. Leik, si bien el Sr. Bupp ejerce las funciones de padre sobre la menor, Summer Breeze, desde su nacimiento. Se determina judicialmente la paternidad del Sr. Leik a petición de la madre, pero durante los primeros quince meses de vida de la niña, el padre biológico no tiene contacto con ella. La misma madre consiente y fomenta el estatus de padre del Sr. Bupp sobre Summer Breeze, con la que reside durante su primer año de vida. Tras este período, la pareja decide separarse de nuevo. Un tribunal atribuye la custodia compartida -legal y física- de la menor Leah a ambos progenitores. Cuatro meses tras la separación, la madre contacta con el Sr. Leik y éste comienza a relacionarse con su hija, Summer Breeze, con asiduidad. Otros cuatro meses después, el Sr. Bupp solicita la custodia (física) parcial de esta niña bajo el argumento de tener el estatus "in loco parentis", a lo que la madre se opone con base en la falta de estatus del Sr. Bupp para su pretensión. El tribunal de primera instancia estima su petición y fija un período de custodia física parcial consistente en un fin de semana al mes, que debe tener lugar al tiempo que ejercita los derechos de custodia sobre la otra hija, Leah. El tribunal argumenta que el "*step-father*" tiene estatus por el hecho de haber convivido con la menor durante un año y haber ejercido la responsabilidad parental y demostrado su deseo por ser parte de su vida. La madre recurre en apelación y el tribunal de

Por otro lado, en un asunto[740], el Tribunal Supremo de Delaware conoce sobre la impugnación de una entonces reciente norma del estado de Delaware por la que se promulga un estatuto de custodia de los padrastros[741], fallando a favor de la cónyuge del progenitor de la niña en interés de la menor[742].

---

primera instancia añade a su decisión que, una vez determinado el estatus del Sr. Bupp para solicitar la custodia física parcial, la misma se le concede por considerarse lo mejor para el interés de la menor, dada la relación existente entre ambos. El tribunal de apelaciones coincide con el inferior en grado en considerar al Sr. Bupp legitimado por ostentar el estatus in loco parentis, ya que resulta evidente que, desde el principio, la madre alentó al Sr. Bupp a ejercer de padre y éste así lo hizo, y la trató igual que a su hija biológica. Nada de esto es negado por la madre, pero objeta que un año es poco tiempo de convivencia para ser reconocido el estatus in loco parentis y que, de hacerse, supondrá el riesgo de cada relación de convivencia que ella pueda tener en el futuro, por breve que sea, otorgaría a cada una de sus parejas el referido estatus. El tribunal de apelaciones considera que el argumento de la madre es excesivo y que presume que todas sus futuras parejas asumirán la posición de padre de Summer Breeze hasta el nivel de alcanzar dicho estatus y que cada uno de ellos logrará establecer que la custodia física parcial es lo mejor para el interés del menor. Reconocer el estatus in loco parentis -en caso de que así sea- no significa que se conceda la custodia necesariamente, sino que el *steparent* tendrá que demostrar que es lo más beneficioso para el menor. Por otro lado, la madre es quien domina la situación, es decir, no puede alentar una relación entre su hija y su pareja y pretender que, porque después se den desavenencias entre ellos, aquella relación desaparezca sin más. Sin embargo, reconoce el tribunal de apelaciones que el tribunal de primera instancia no valoró, en ningún momento, el interés del menor para el otorgamiento del derecho de custodia, sino que se limitó a constatar la posesión de estatus del Sr. Bupp para solicitarla. Por algo tan importante como esto, el tribunal de apelaciones devuelve las actuaciones al de primera instancia para que resuelva en atención al interés del menor.

[740] *Tailor v. Becker*, 708 A.2d 626 (Del. 1998), 18 de marzo de 1998. Consultado en https://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1192993.html el 26/07/2020.

[741] Se trata de una enmienda del Código de Delaware -Título 13, Capítulo 7-, aprobada el 6 de julio de 1995. La § 733 introdujo que si un menor ha estado viviendo con uno de sus progenitores y su *stepparent* y el primero fallece o deviene incapaz, a pesar de existir otro progenitor del menor, el *stepparent* está legitimado para solicitar del tribunal la continuación de la custodia del menor que viene ejerciciendo, siempre que haya residido con el inmediatamente antes de la muerte o discapacidad del progenitor -no especifica tiempo- y pendiente de una audiencia sobre los méritos. En caso de serle otorgada la custodia permanente o la "colocación física primaria" del menor, el *stepparent* tendrá todos los derechos y obligaciones de un progenitor mientras conserve aquélla. Esta disposición continúa vigente, a salvo unos cambios en relación a la terminología de género. Consultado en https://delcode.delaware.gov/title13/c007/sc02/index.shtml el 26/07/2020.

[742] El supuesto de hecho es el siguiente: Donna Becker es una niña que durante su primer año de vida convive con su madre, la Sra. Tailor. Después, los "servicios sociales" recolocan a la menor con su padre, el Sr. Becker y otro año después el Tribunal de Familia otorga la custodia residencial al mismo. La niña ha estado viviendo con su padre y la cónyuge de éste durante casi dos años y, entonces, se produce la muerte del padre. Tanto la madre como la esposa del padre de la niña solicitan su custodia y el Tribunal de Familia falla a favor de la esposa de aquél por considerarlo más beneficioso para la menor. No obstante, la madre conserva su derecho de visitas y, además, va a disfrutar de visitas durante el verano y Navidad. La madre apela la sentencia, por considerar que la ley de Delaware vulnera el derecho natural de los progenitores a la custodia de sus hijos, para lo que refiere incluso el precedente régimen legal y considera, en consecuencia, inválida la nueva norma. No obstante, como razona el Tribunal Supremo de Delaware, el hecho de que la nueva regulación

Los pronunciamientos judiciales presentados no son una regla general ni tan siquiera la solución predominante. Lo que se pretende poner de manifiesto es que sólo en algunos casos del tipo expuesto se ha reconocido la custodia al s*tepparent*, lo que no quiere decir que sea la regla de oro, puesto que existen muchos pronunciamientos en contra[743].

Finalmente, conviene poner de relieve algunas de las soluciones propuestas por la doctrina. Algunos autores, entre sus propuestas, han incluido que tal vez sería interesante la creación de un registro para *stepparents*, con la consecuente regulación de su estatuto jurídico, al estilo de los registros existentes disponibles para parejas no matrimoniales[744].

Algunos autores han destacado la conveniencia de reconocer algunos derechos y obligaciones en relación a los hijos del conviviente de hecho. Concretamente, se ha aconsejado que se dé a la pareja del progenitor un estatus tal que pueda solicitar la custodia del menor en el caso de que el progenitor conviviente falleciera, para evitar un desequilibrio en la vida del menor. A tal fin, se propone su concesión cuando se verifiquen los cuatro criterios establecidos por el Juez Abrahamson en otro asunto a propósito del reconocimiento de un derecho de visitas[745], que son:

---

contradiga la anterior no implica que aquélla sea inválida. Simplemente, el poder legislativo ha sustituido un régimen por otro. Los progenitores conservan la preferencia, a salvo los casos en que el menor sea dependiente o desatendido. También argumenta la madre la inconstitucionalidad de la norma por despojar a los progenitores de los derechos parentales. Está el tribunal de acuerdo con la madre en que la misma debe tener un interés en obtener la custodia de su hija -lo cual está protegido por la Constitución- pero la ley que regula es estatuto de los padrastros no impide que la madre pueda solicitar dicha custodia en cualquier momento, ni que la madre pueda seguir teniendo relaciones personales con su hija, es decir, que conserve derechos parentales. En opinión del Tribunal Supremo de Delaware, lo que hace la nueva normativa no es colocar al *stepparent* en una posición ventajosa, sino equilibrar las posiciones del progenitor sobreviviente -que no tenía la custodia, recuérdese- y del *stepparent*, de modo que será el interés del menor el criterio que determine con quién debe residir el menor. Será éste el que favorezca más a uno u a otro interesado. Por tanto, el Tribunal falla a favor de la validez tanto de la ley como de la decisión del Tribunal de Familia.

[743] Circunstancia que ha sido advertida por BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 139, nota 62. La autora trae a colación los asuntos *Dodge v. Dodge*, 505 S.E.2d 344 (S.C. Ct. App. 1998) y *Simons v. Gisvold*, 519 N.W.2d 585 (N.D. 1994), en los que se otorga la custodia de los menores al progenitor superviviente, en vez de al s*tepparent* con el que han convivido.

[744] MAHONEY, M.M. "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *op. cit.*, pp. 105-107.

[745] *Holtzman v. Knott*, (In re Custody of H.S.H-K.), 193 Wis. 2d 649, 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995), cert. denied, 516 U.S. 975 (1995).

1. El progenitor ha fomentado la relación entre su pareja y el menor.

2. La pareja del progenitor y el menor han vivido juntos.

3. La pareja del progenitor ha asumido una responsabilidad importante en el cuidado, educación, desarrollo y mantenimiento del menor.

4. Se ha creado un vínculo tras el tiempo de convivencia trascurrido y el desempeño del rol parental por la pareja del progenitor[746].

También se propone su participación en el ejercicio conjunto de la custodia en los casos de separación o divorcio, siempre que haya estado ejerciendo la responsabilidad parental de hecho previamente y si se considera conveniente. Sin embargo, la custodia se otorgaría al progenitor del menor, como regla general, salvo que no fuera beneficioso para el menor[747].

Se observa cómo, en sede de atribución judicial de la función de guarda y cuidado del menor al cónyuge del progenitor, no hay muchas previsiones en el derecho comparado. El Código Civil español contiene una norma bastante similar a otras halladas en el *Code Civil* y en el CCCat. y en la jurisprudencia estadounidense no existe un criterio fijo. Las únicas legislaciones que contemplan expresamente el supuesto del cónyuge o pareja del progenitor son la catalana y la inglesa/galesa, si bien el supuesto de hecho que contemplan ambas no es el mismo. La *Children Act* 1989 permite que el *stepparent* solicite al juez la responsabilidad parental del hijo no común menor de edad, supuesto que parece estar contemplado para el caso en que el progenitor del menor esté vivo y el matrimonio o pareja no se haya disuelto. Asimismo, al atribuirse la responsabilidad parental, el cónyuge o pareja del progenitor puede desempeñar funciones tanto de naturaleza personal como patrimonial, lo que a mi juicio no termina de encajar en el derecho español. El supuesto de hecho de la norma catalana está pensado para la contingencia de la muerte del progenitor que tiene la guarda en exclusiva (cfr. art. 236-15, apdos. 1.º y 2.º CCCat.). De estimarse conveniente, el cónyuge o pareja obtiene la guarda del

---

[746] Éste tienes pocas posibilidades de obtener la custodia del menor, en caso de muerte del progenitor custodio, salvo en el caso de que así lo acuerde con el progenitor no custodio. En este sentido, BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 128 y 149.

[747] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 127 y 149-151.

menor (funciones de contenido personal), pero la potestad parental la retiene el progenitor del menor, ya que en el caso de que ser privado de ella o de no haber otro progenitor vivo debe constituirse la tutela.

A mi juicio, la solución catalana dirigida expresamente al supuesto del cónyuge o pareja del progenitor es bastante adecuada y prudente, porque garantiza los derechos del progenitor vivo del menor mediante la presunción de que el interés del menor es que aquél recupere la guarda, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que permite que el menor permanezca con el cónyuge o pareja del progenitor si ello se ajusta mejor al interés del concreto menor y siempre que se respeten unos requisitos mínimos, por otro lado lógicos. En el Código Civil español, al igual que en el catalán, cabe que se otorgue la guarda temporal del menor incluso en más supuestos que el de la muerte del progenitor. En mi opinión, esa medida debería incluirse también en sede de medidas definitivas, nombrar expresamente entre los posibles guardadores al cónyuge o pareja del progenitor y requerir, al menos en este caso, una convivencia mínima de un año ininterrumpido.

2. EL MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN FAMILIAR CON EL HIJO MENOR NO COMÚN

Mientras que las responsabilidades descritas en el apartado anterior despliegan sus efectos durante la vigencia del matrimonio, el derecho ahora analizado entra en juego una vez disuelto aquél.

Los antecedentes de este derecho en derecho español se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño, que garantiza el respeto por los Estados parte del derecho del menor a "mantener relaciones personales y contacto directo" con sus dos progenitores, a menos que sea contrario a su interés, si se halla separado de uno de ellos o de ambos (cfr. art. 9.3 CDN). Asimismo, la LO 1/1996, de 15 de enero, enuncia, como uno de los principios rectores que informan la actuación de los poderes públicos en relación a los menores, el de mantenerlo en su familia de origen (cfr. art. 11.2,b) LO 1/1996). Si ello es contrario a su interés superior, se asegurará la práctica de medidas de protección del menor, entre las cuales se prefiere el acogimiento familiar al institucional.

Los progenitores del menor, así como otros parientes y allegados, conservan el derecho de comunicación y visita aún en el caso de que no ostenten la patria potestad sobre aquél siempre que no resulte contrario al interés del menor, en cuyo

caso podrá suspenderse (cfr. art. 161.1.º CC). O dicho de un mejor modo, el menor tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, demás parientes y allegados. Se presume que ello le beneficia, salvo que se acredite lo contrario[748]. Así, el interés del menor radica en estos casos, presuntamente, en el establecimiento de un régimen de comunicación entre el menor y sus progenitores, abuelos, hermanos y otros parientes y allegados, salvo que quede demostrado que no es así en el correspondiente proceso.

Se deben hacer algunas precisiones terminológicas. Este derecho ha sido denominado tradicionalmente "derecho de visitas" en el ordenamiento jurídico español. Se mantiene esta denominación para las relaciones con el progenitor no custodio, aunque cotitular de la patria potestad, para no dificultar más la comprensión del entramado de relaciones familiares, si bien, en puridad, se trata más bien de una guarda de menor duración que la guarda estricta. Para las relaciones entre el menor y el progenitor apartado de la patria potestad u otras personas, se ha preferido el uso de la expresión "mantenimiento de relaciones familiares" frente al de "personales" -a salvo las excepciones que se señalen expresamente-, por la naturaleza misma de estos derechos, y concretamente:

- Por un lado, para incidir en el carácter de familiar que sigue teniendo el progenitor o la persona en cuestión, aunque se extinga la relación entre sus progenitores.

- Por otro lado, porque el menor, como parte de la familia de aquél -a salvo ciertos allegados-, tiene igualmente derecho a sentirse integrado en el nuevo grupo familiar del mismo. En principio, y sobre todo en el caso de los progenitores, parece más beneficioso para el menor su participación como uno más en la vida de aquéllos, que tener una relación aislada con éste, bajo una perspectiva de doble vida de su progenitor y doble familia.

No obstante, la denominación "relaciones familiares" no deja de ser una opción tan válida como la de "relaciones personales".

[748] Así se expresa el Código Civil -al igual que el CDN y la LO 1/1996, de 15 de enero-, de modo que, como ha señalado un sector de la doctrina, en vez de reconocer un derecho a relacionarse con el menor con carácter absoluto -es decir, presumir *iuris et de iure* su beneficio sobre el menor-, lo que se hace es emplear el criterio del interés superior del menor para que sea el juez quien pondere las circunstancias de cada caso concreto, partiendo de la presunción *iuris tantum* de que las relaciones son beneficiosas para el menor, pero permitiendo su no fijación cuando la misma suponga un riesgo para el menor. *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 17.

2.1. Derecho de visitas con el progenitor no conviviente

Como se ha señalado anteriormente, se llama derecho de visitas al derecho de los progenitores que no conviven con el menor a relacionarse con él, mientras que el derecho relativo al resto de parientes y allegados se suele denominar derecho a mantener relaciones personales[749]. Es cierto que la intensidad de estos derechos tampoco es la misma.

Los planteamientos sobre el derecho de visitas con el progenitor en el ámbito de las familias reconstituidas tienen una doble proyección. En primer lugar, es muy posible que exista otro progenitor del menor con el que no convive. En ese caso, se han de distinguir dos situaciones[750]:

- el otro progenitor es cotitular de la función parental, y

- el otro progenitor no es titular de la función parental, porque ha sido privado de ella o porque nunca la ha ostentado.

En el primer caso, el progenitor que no convive con el menor tiene el derecho de visitas, que ejercerá en el modo que determine el convenio regulador correspondiente o, de no haberlo, según haya dispuesto el juez por sentencia (cfr. arts. 90.1,a) y 91 CC, y en materia de medidas provisionales, el art. 103.1.º *in fine* CC). Este derecho se reconoce al progenitor que no tenga la guarda de los menores -y no al propio menor, de acuerdo con la redacción del precepto-, pero el juez puede limitar o suspender este derecho si se dan "graves circunstancias" o se incumplen grave o repetidamente "los deberes impuestos por la resolución judicial", se entiende que para con el hijo o hija en cuestión (cfr. art. 94 CC).

[749] En este sentido, *v.gr*., la importante STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011, citada, que indica que, en opinión de la Sala Primera, la expresión "derecho de visitas" debe reservarse únicamente a la relación entre los menores y sus progenitores, y que se debe llamar "relaciones personales" a las habidas entre el menor y las personas comprendidas en el artículo 160.2.º CC -FD 7.º-. Éstos son, hoy, los hermanos, abuelos, otros parientes y allegados. Asimismo, ya hace más de veinte años, un sector autorizado de la doctrina desaconsejaba el uso de la denominación "derecho de visita", pues entendía que no se correspondía con el actual (por entonces) contenido y finalidad del derecho; aconsejaba, en cambio, el recurso a otras expresiones más adecuadas como "derecho de comunicación", "derecho de relación", "derecho a relacionarse" o "derecho a relaciones personales" -RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 23-.

[750] Se dejan aparte de esta exposición -es decir, a nivel teórico- los supuestos de custodia compartida, puesto que estos progenitores tienen, ambos, la guarda y custodia del menor, aunque se advierte que puede tener implicaciones, tanto para el caso de los progenitores como para el del cónyuge de los progenitores, en los momentos que no tengan la guarda, pero comuniquen con el menor.

En el segundo caso, el progenitor que no es titular de la función parental puede relacionarse con sus hijos, a pesar de ello, salvo que sea perjudicial para el interés de los menores o que éstos hayan sido adoptados por otra persona (cfr. art. 160.1.º CC). Este derecho viene reconocido legalmente al propio menor.

Una interpretación sistemática de estas disposiciones lleva a entender el derecho de visitas como un derecho del menor en todo caso; si bien. el derecho a mantener relaciones familiares con el progenitor no custodio es un derecho de ambos[751], y el derecho de mantener relaciones familiares con el progenitor privado de la función parental es un derecho del menor -al igual que se desprendía del art. 9.3 CDN-.

Dos notas a destacar sobre el derecho de visita de progenitores, por un lado, y de abuelos, demás parientes y allegados, por otro, son la compatibilidad entre ambos -uno nunca reemplaza al otro- y que son cualitativamente desiguales, pues la relación paternofilial está más protegida que las demás relaciones familiares[752].

Finalmente, y en el contexto del CEDH (cfr. art. 6.1 -derecho a un proceso equitativo- y art. 8 -respeto de la vida privada y familiar-) el TEDH se ha

[751] Si bien, en virtud del principio superior del interés del menor, en caso de colisión entre este interés y el del progenitor, prevalece el primero. Esto es, se presume que el derecho de visitas es beneficioso para el menor, pero si se demuestra lo contrario, el principio del interés del menor exige suspender este derecho de ambos.

[752] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Capítulo 8. Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de derecho civil… op. cit.*, p. 182. En este sentido, la STS 477/1996 (Sec. 1.ª), de 11 de junio de 1996, Roj: STS 3557/1996, recoge en su FD 3º que la fijación de un derecho de visitas en favor del progenitor se basa, no sólo en el "cariño mutuo y la necesidad afectiva o la conveniencia educacional", sino también en el ejercicio de la patria potestad. También en este sentido, la SAP Vizcaya 339/2017 (Sec. 4ª), de 5 de mayo de 2017, Roj: SAP BI 996/2017 recuerda que el derecho de los descendientes a relacionarse con los ascendientes "no entraña un verdadero derecho de visitas equiparable, al menos en lo que se refiere a la amplitud y contenido, con el que se reconoce a los progenitores en los supuestos de crisis de pareja" (FD 2º); también la SAP Vizcaya 490/2016 (Sec. 4ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP BI 1637/2016, donde la Sala modifica el régimen de custodia sobre una menor por el de custodia compartida, al no haber motivos para apreciar un posible perjuicio para la menor, a pesar de que la prueba pericial psicosocial practicada en instancia recogía que "el apego afectivo derivado del proceso de crianza del menor con su madre, quien ha formado una familia reconstituida con adecuados lazos relacionales y nacimiento de una hermana, y la salida de Jose María del dicho grupo de forma temporal y alterna, podría generar alteraciones en su rol con sentimiento de exclusión de dicho grupo familiar". Aunque en sede de custodia, también se puede observar cómo el mantenimiento de las relaciones del menor con sus progenitores goza de mayor protección y son prioritarias a cualesquiera otras relaciones que pueda tener el menor. También queda patente esta circunstancia en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que en su Exposición de Motivos califica las relaciones parentofiales como "prioritarias", si bien a partir de ello recuerda también que el ámbito familiar del menor no se reduce a este tipo de relaciones.

pronunciado sobre el derecho de visitas de los progenitores cuando el menor se niega a las mismas. Para determinar si deben imponerse o negarse esas visitas, el TEDH estima necesario hacer una serie de comprobaciones, orientadas a verificar si las autoridades han ponderado el interés del menor en el concreto proceso[753].

2.2. Derecho del menor a mantener relaciones familiares con los abuelos

Este derecho fue desarrollado de forma específica por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, pues hasta entonces se incluía a los abuelos en la categoría de "otros parientes". El legislador consideró, y así lo justifica en la exposición de motivos de la ley, que debía garantizarse especialmente este derecho del menor -con base en el art. 39 CE y en el interés superior del menor- porque los abuelos "desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia" y tienen un papel importante en la vida del menor y tras las situaciones de crisis de la pareja para la estabilidad y desarrollo de éste. Así, la ley los coloca por encima de otros parientes, pero no de los progenitores. Además del artículo 160 CC, otros preceptos del Código introducen la posibilidad de acordar visitas con los abuelos: art. 90.1.b) CC -como contenido no esencial del convenio regulador- y art. 90.2, párr. 2.º -que regula la posibilidad de ser aprobadas por el juez si se reflejan en el convenio y se da audiencia a los abuelos para consientan-, art. 94.2.º CC -posibilidad del juez de acordar este derecho en interés del menor, previa audiencia de los progenitores y los abuelos y si estos últimos consienten-[754].

---

[753] En este sentido, SANZ CABALLERO, S., MOLINA NAVARRO, M. (Dirs.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, Fundación San Pablo CEU Andalucía, 2017, p. 49. La autora, a propósito de la STEDH de 20 de septiembre de 2016, *Zdravković c. Serbia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0920JUD002818111, señala una serie de elementos que el TEDH ha valorado si los tribunales han tenido o no en cuenta a estos efectos: los esfuerzos de las autoridades para que progenitores e hijos acudan a terapia y el brindar asistencia psicológica a los menores, la audiencia del menor, la edad, sexo o madurez del menor, entre otros factores.

[754] Sobre la introducción del derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos a propósito de las situaciones de crisis matrimonial, con carácter añadido al artículo 160 CC, se pronunció un sector de la doctrina cuando aún se encontraba en fase de proposición no de ley. Este autor criticaba dicha propuesta por añadir otra complicación a las ya difíciles situaciones de crisis familiares y por innecesaria, puesto que consideraba "plenamente eficaz" el artículo 160 CC, en general, para las situaciones en que los abuelos quisieran de verdad mantener una relación familiar con sus nietos. En este sentido, CARBAJO GONZÁLEZ, J. "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2000, 1502-1512, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU

Ahora bien, el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas con los abuelos no es necesario -y puede que, incluso, no sea beneficioso para el menor- si los abuelos ya se relacionan o pueden relacionarse con el menor durante el tiempo de estancia con sus progenitores[755].

El establecimiento del derecho de mantener relaciones familiares con el menor concedido a favor de los abuelos es el más reconocido -si bien se debe tener en cuenta que también es el más solicitado, pues la mayoría de sentencias de las Audiencias Provinciales versan sobre recursos interpuestos por o contra ellos-. De hecho, antes de la promulgación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, el Tribunal Supremo se había pronunciado a favor del establecimiento de estas visitas, y destacaba la importancia de las relaciones familiares del menor con sus abuelos como ascendientes, "por su privilegiado grado de parentesco"[756].

Se trae a colación la jurisprudencia sentada respecto a las relaciones familiares del menor con los abuelos en la medida en que nos sirve para perfilar aquellas notas que sean o puedan ser comunes a la relación entre el menor y sus allegados. El Tribunal Supremo ha establecido una serie de principios en relación a este derecho:

- Los nietos y los abuelos tienen derecho a relacionarse entre sí.

- Es un derecho-deber y favorece a ambos sujetos.

- No es posible negar este derecho a los abuelos mas que por justa causa en atención al interés del menor, por presumirse que esta relación es

---

1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwNDY3MBcrSy1qDgzP882LDM9Na8kFQA1P8RAQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

[755] Es cierto que, como algunos tribunales inferiores han recordado, las visitas establecidas en favor de los abuelos no son equivalentes ni sustitutivas de las que correspondería al progenitor no custodio, sino que son "las derivadas de su propio y específico parentesco" -SAP Cádiz 26/2017 (Sec. 5ª), de 18 de enero de 2017, Roj: SAP CA 28/2017, FD 1.º-. Sin embargo, algún tribunal ha retirado el régimen de visitas a una abuela, porque la misma podía pasar tiempo con su nieta en razón de haberse fijado un régimen de visitas para el progenitor no custodio, hijo de la abuela y con el que ésta reside. Entre otras cuestiones, la Sala considera que, en un caso como ese, el establecimiento de múltiples regímenes podría desestabilizar la vida de la menor -SAP Málaga 65/2011 (Sec. 6.ª), de 3 de febrero de 2011, Roj: SAP MA 419/2011-. En esta línea, y en mi opinión, ambas posturas son acertadas y debe buscarse un equilibrio entre ellas en atención a las circunstancias del caso, es decir, al interés del menor en el caso concreto.

[756] STS 477/1996, de 11 de junio de 1996, citada *ut supra*, FD 3º, y la STS 1017/1999 (Sec. 1.ª), de 23 de noviembre de 1999, Roj: STS 7428/1999, FD 2º.

provechosa para el menor, lo que debe conciliarse con el derecho del menor a ser oído y la toma en consideración de su voluntad[757].

- El mantenimiento de las relaciones con los abuelos es de gran relevancia personal y familiar para el menor y por ello su posición es preeminente a la de otros familiares o allegados que pudieran concurrir con los abuelos a la hora de fijar un régimen de relaciones con el menor.

- La justa causa de denegación de este derecho ha de probarse por quien la alegue[758].

---

[757] En relación a estos tres principios vid. STS 689/2011 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 2011, Roj: STS 6491/2011.

[758] Así, tampoco considera el TS que deba negarse este derecho sólo con base en la mala relación de los progenitores o de alguno de ellos con los abuelos. En este sentido, se citan las SSTS 858/2002 (Sec. 1.ª), de 20 de septiembre de 2002. Roj: STS 6004/2002, 576/2009 (Sec. 1.ª), de 27 de julio de 2009, Roj: STS 5382/2009, 689/2011 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 2011, Roj: STS 6491/2011, 359/2013 (Sec. 1.ª), de 24 de mayo de 2013, Roj: STS 2382/2013, 167/2015 (Sec. 1.ª), del 18 de marzo de 2015, Roj: STS 968/2015, y 551/2016 (Sec. 1.ª), de 20 de septiembre de 2016, Roj: STS 4091/2016. Ello resulta muy práctico si se piensa que, muy posiblemente, en la mayoría de los casos sea ésta la situación: de otro modo no parece necesario que los abuelos acudan a los tribunales para que se les permita relacionarse con sus nietos -algunos autores han observado un denominador común en los supuestos de hecho de las sentencias que resuelven asuntos en esta materia: el conflicto existente entre los abuelos y los titulares de la patria potestad. Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 105-. Incluso hay resoluciones judiciales que disponen un régimen de visitas en favor de la abuela cuando la relación era nula hasta el momento, por considerarlo positivo para los menores en cuestión, si bien para ello establece unas medidas a adoptar con carácter inicial, cuales son un contacto progresivo, la supervisión inicial de pedagogos o educadores y la reunión en un ambiente privado de las malas relaciones entre los progenitores y la abuela (SAP Logroño 86/2017 (Sec. 1ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP LO 144/2017). En sentido parecido, se pronuncia la SAP Badajoz 32/2017 (Sec. 3ª), de 7 de febrero de 2017, Roj: SAP BA 23/2017, que establece un régimen de visitas en favor de la abuela materna de los menores que deberá hacerse en varias fases. Opino que es acertado el establecimiento de un contacto progresivo en los casos que generen dudas, en lugar de optar por suspender las relaciones. Si funciona, se pueden ir ampliando, y si no, siempre se pueden suprimir.

No obstante, hay sentencias que han rechazado el establecimiento de un derecho de visitas en favor de los abuelos por no considerarlo beneficioso para el menor en cuestión, con base en su situación personal y familiar. Así, las SSAP Valencia 965/2017 (Sec. 10º), de 13 de noviembre de 2017, Roj: SAP V 4558/2017 y 1008/2017 (Sec. 10.º), de 22 de noviembre de 2017, Roj: SAP V 4260/2017. Así, la SAP Valladolid 49/2017 (Sec. 1ª), de 6 de febrero de 2017, Roj: SAP VA 177/2017, deniega el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos con base en las malas relaciones de éstos con los progenitores y por la inexistencia de vínculo afectivo alguno con el menor, por no conocer a sus abuelos. No obstante, la Sala aprueba que en un futuro pueda reexaminarse la conveniencia de estas relaciones según la evolución de la menor y su mayor edad.

Se ha sostenido que se trata, pues, de concretar cuándo una situación de tensión entre los progenitores y los abuelos u otras personas con derecho a relacionarse con el menor es de tal importancia que no resulta adecuado fijar el régimen, precisamente en interés del menor. En este sentido, VERDERA IZQUIERDO, B. "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *Diario La Ley*, año XXIII, nº 5669, 4 de diciembre de 2002, consultado en

Todos estos principios han sido recogidos por tribunales inferiores[759].

Un sector doctrinal ha sostenido que el verdadero problema en esta sede es de la protección de este derecho en caso de incumplimiento por alguno de los implicados, cuestión que la ley no soluciona[760].

---

https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAWNDQwNLtbLUouLM_DzbsMz01LySVACI__fAIAAAAA==WKE el 26/07/2020.

Además del establecimiento de un régimen de relaciones, en algunos casos se dilucida la conveniencia de ampliar o no ese régimen. Es el caso de la ya referida SAP Vizcaya 339/2017, de 5 de mayo de 2017, que deniega dicha ampliación por no considerarlo adecuado con el interés de la menor; o se reconoce la posibilidad de que los abuelos no pasen el período de vacaciones sin ver a sus nietos (SAP Lugo 118/2017 (Sec. 1ª), de 5 de abril de 2017, Roj: SAP LU 199/2017).

[759] Entre otras, SAP Barcelona 491/2017 (Sec. 12ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP B 10680/2017 y 375/2017 (Sec. 12ª), de 11 de abril de 2017, Roj: SAP B 4586/2017). La doctrina fijada por la SAP Navarra (Sec. 3ª) en los rollos nº 134/2015, de 24 de abril de 2015, Roj: SAP NA 717/2015 y 200/2017, de 26 de abril de 2017, Roj: SAP NA 584/2017 (FD 2º) condensa la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en esta materia del siguiente modo:

"- No es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento o las malas relaciones por diversos motivos de éstos con los progenitores (STS del 18 de marzo de 2015, 20 de febrero de 2015, 13 de febrero de 2015, 20 de octubre de 2011), salvo que tales circunstancias afecten al interés de los menores (STS de 24 de mayo de 2013).

- Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (SSTS del 18 de marzo de 2015, 20 de febrero de 2015, 27 de julio de 2009, 632/2004 (Sec. 1.ª), de 28 de junio de 2004, Roj: STS 4535/2004).

-El artículo 160.2 CC, a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar.

- Se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor (STS de 20 de septiembre de 2002, 20 de febrero de 2015).

-La justa causa como razón para impedir el derecho debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía, para tal valoración el interés superior del menor se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y trasmisión de valores en la familia según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 42 de 2003 de 21 de noviembre por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil , entre otros (STS de 20 de febrero de 2015, 24 de mayo de 2013 y 14 de noviembre de 2013).

- Para apreciar que las malas relaciones de los progenitores con los abuelos constituyen justa causa a efectos de impedir las relaciones de éstos con los nietos, ha de determinarse cómo y porque esa circunstancia influye negativamente en los menores, no de una forma simplemente especulativa o como simple hipótesis y sin que quepa basarse en el interés de los menores considerado tan solo en abstracto (STS de 24 de mayo de 2013 y 20 de octubre de 2011).

-La pernocta del menor con los abuelos no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente (SSTS 14 de noviembre de 2013 y 632/2004, de 28 de junio de 2004)".

2.3. Derecho del menor a mantener relaciones familiares con otros parientes

Otra de las menciones expresas de los artículos 160 y 161 CC es la referente a otros parientes del menor. Esta mención ya aparecía en el artículo 161 tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Se ha sostenido que estos otros parientes distintos de los progenitores y abuelos tendrán más fácil que los allegados el probar su vínculo con el menor, pero que ello no significa necesariamente que la fijación de un régimen de visitas vaya a beneficiar al menor[761]. En este sentido, si son muchas las personas a relacionarse con el menor, no va a resultar adecuado a su interés el establecimiento de un régimen para cada uno, ya que el menor debe tener también tiempo para sus obligaciones escolares y su propio ocio. *V. gr.*, si en el tiempo de visitas de uno de los progenitores, el menor se relaciona también con alguno de estos parientes, no será necesario asignarle un régimen de relaciones propio.

Sobre el reconocimiento de estos derechos ha habido menos pronunciamientos judiciales. Es de suponer que también se han solicitado en menor proporción.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de visita a parientes distintos de los abuelos, concretamente a tíos y primos maternos[762]. También ha mencionado a los tíos entre los "allegados" -parece que con este concepto se refiere a todos los cercanos al menor, de forma extensiva- que pueden solicitar las visitas[763].

---

[760] RIVERO HERNÁNDEZ, F. ''Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas'', *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa,* Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010 [http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm].

[761] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 113.

[762] STS 858/2002, de 20 de septiembre de 2002. citada.

[763] STS 516/2015 (Sec. 1.ª), de 16 de septiembre de 2015, Roj: STS 3831/2015. Si bien en el supuesto de hecho no se aprueba por no considerarse favorable al interés del menor, dada la mala relación de la tía con sus progenitores y la inexistencia de relación previa entre aquélla y la menor.

Algunas Audiencias Provinciales también han reconocido el establecimiento de un derecho de visitas en favor de los tíos, a pesar de la mala relación con la madre de las menores[764].

Entre los parientes del menor hay unos que, por su importancia, han merecido recientemente el reconocimiento expreso del legislador: los hermanos -mención que tiene lugar tras la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio-. En este contexto, ya se aprecia en la jurisprudencia cierta conformación de las soluciones con los nuevos modelos familiares y las situaciones que originan[765]. Así, la Audiencia Provincial de Palencia[766], que ha conocido de un supuesto de hecho en el que el apelante y su expareja tuvieron un hijo, pero él ya tenía otra hija de una anterior relación. Tras la crisis de la pareja, se inicia un pleito y, en apelación, el padre recurre la sentencia de primera instancia, además de para que se rebaje la cuantía de la pensión de alimentos que debe pagar en favor de su hijo, para que los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano en que disfruta de las visitas con su hijo coincidan con los fijados para con su otra hija, fruto de otra relación anterior. La Sala estima parcialmente el recurso de apelación, de modo que solamente concede al apelante que el régimen de visitas durante los períodos vacacionales sea en las mitades solicitadas para que concurra con el de la otra menor. La fundamentación proporcionada por la Sala es el superior interés de los hermanos "de relacionarse, de convivir y de fomentar su relación fraternal". Además, sostiene que tal situación no se habría sometido al juicio de la Sala si ambos hermanos lo fuesen de doble vínculo, circunstancia que no puede ser obstáculo para interés de los menores manifestado, en este caso, en el desarrollo de su relación fraternal -FD 3º-.

En mi opinión, el cónyuge del progenitor debe ser considerado como pariente de primer grado por afinidad del menor, en línea con lo señalado a propósito de los vínculos entre los miembros de las familias reconstituidas. No parece existir fundamento en contra, pues si el cónyuge de su tía es su pariente de tercer grado por afinidad y se considera pariente a efectos de la norma, con mayor motivo lo será el cónyuge de su propia madre, y más si se tiene en cuenta que han convivido en el

[764] SAP Cáceres 170/2018 (Sec. 1º), de 16 de marzo de 2018, Roj: SAP CC 183/2018; SAP Valencia 371/2017 (Sec. 10ª), de 3 de mayo de 2017, Roj: SAP V 1726/2017, y SAP Ourense 7/2017 (Sec. 1ª), de 18 de enero de 2017, Roj: SAP OU 17/2017, que reconoce un régimen de visitas en favor del tío paterno de la menor.

[765] En este sentido, VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *op. cit.*, p. 213.

[766] SAP Palencia 26/2017 (Sec. 1ª), de 3 de febrero de 2017, Roj: SAP P 64/2017.

hogar familiar y que ha podido desempeñar de hecho determinadas funciones de guarda y cuidado.

2.4. Derecho del menor a mantener relaciones personales o familiares con personas allegadas

Finalmente, el menor tiene derecho a relacionarse con personas allegadas -referencia, ésta, introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, junto a los "otros parientes"-. Es ésta, sin duda, la mención que más interesa al objeto de esta tesis doctoral, puesto que se puede incluir sin duda, entre los allegados, al cónyuge del progenitor con el que se ha convivido hasta el momento de la muerte del progenitor o separación de la pareja -e incluso con los familiares del cónyuge del progenitor con los que exista una relación de apego-.

El concepto de allegados resulta un poco ambiguo, en el sentido de que puede ubicarse casi cualquier persona dentro de su espectro. Sin embargo, algunas condiciones se presentan claras:

- El allegado no es pariente del menor, pues éstos ya constan de reconocimiento legal específico.

- Ya disfruta o ha disfrutado, por definición, de una relación personal con el menor, previa a su solicitud o fijación; de otro modo no podría calificarse de allegado[767].

Por lo demás, el DRAE precisa que "allegado, -da" es, dicho de una persona, "Cercana a otra en parentesco, amistad, trato o confianza".

Sin embargo, esta falta de especificidad del precepto, ha llevado a afirmar que el artículo 160.2.º CC es un "precepto legal abierto"[768]. Ello sintoniza con el principio del interés superior del menor, ya que será posible interpretar el concepto

[767] Así, por ejemplo, se ha definido a estos allegados como "todas aquellas personas que no presentan un vínculo de parentesco con el menor y que mantienen, o han mantenido, una relación más o menos estrecha con él, más o menos intensa, en función de la posición que aquéllos ocupaban en el modelo familiar en el que se desenvolvieron aquellas relaciones" -GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 113-.

[768] TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, p. 193.

sin restricciones, siempre que se cumplan las mínimas condiciones señaladas *ut supra* y no se perjudique al menor.

Los fundamentos de este derecho pueden hallarse en varias circunstancias, entre las que se pueden destacar la existencia de una relación afectiva entre el menor y estos sujetos; el interés del menor a conservar esta relación: la libertad del propio menor a relacionarse con estas personas, considerada como un bien a proteger frente a los intereses particulares de los titulares de la función parental, o el hecho de que el ordenamiento jurídico debe respetar las situaciones creadas, siempre que no perjudiquen al menor, para no crearle un desequilibrio[769].

En cuanto a la naturaleza jurídica de este "derecho a relacionarse", hoy día se puede decir que se trata de un derecho en sí mismo, autónomo. Algún sector doctrinal lo ha considerado también limitativo de la patria potestad[770]. Por el contrario, otro sector cuya opinión comparto considera que este derecho no debe contemplarse como una limitación de la función parental -aunque de hecho suponga ese resultado- puesto que la norma atiende a ese derecho desde la perspectiva del menor y su interés superior, no desde la perspectiva de los progenitores, y más

[769] Un sector de la doctrina, después de resumir los principales fundamentos ofrecidos por la doctrina, en lo cuales me inspiro para la anterior enumeración, concluye que la justificación del derecho de visitas de parientes y allegados se halla en la libertad del individuo de relacionarse "como medio de alcanzar libremente una personalidad autónoma", con base en el artículo 10.1.º CE, de todos los implicados, pero sobre todo del menor. Así, RIVERA ÁLVAREZ, J.M. "El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad artículo 160.2º y 3º párrafos del código civil", *Revista de derecho privado*, año nº 84, mes 9, 2000, pp. 639-644. Del mismo modo, se ha destacado la importancia de las relaciones familiares y afectivas en el desarrollo de la personalidad, si bien no sólo durante la minoría de edad -reconocida su especial relevancia en esta etapa de la vida- sino también en la edad adulta. Es por ello que esta autora defiende la doble titularidad de este derecho. En este sentido, DÍAZ ALABART, S. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2)", *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2003, pp. 345 y ss., consultado en https://app.vlex.com/?r=true#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:223/familias+ensambladas/ES/vid/186758 el 26/07/2020.

[770] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 390, 393 y 396-397. En opinión del autor, el derecho de visita es un "derecho-deber", "derecho-función", o "función", sin más, si bien, en el caso de otros parientes y de los allegados, lo de "deber" no se aprecia tanto como lo de "derecho", pero no en un sentido de "derecho subjetivo" del ámbito patrimonial, ya que el derecho se otorga, más que en interés del titular, en el del propio menor (por lo que es un derecho pero también una función). Por su parte, la naturaleza jurídica del derecho de que es titular el menor no es de función, como el anterior, sino más parecido a un derecho subjetivo y muy cercano a un derecho personalísimo.

adelante aclara tratarse de una cuestión de compatibilidad entre todas esas relaciones del menor[771].

Puesto que la ley guarda silencio sobre la extensión e intensidad de este derecho de relaciones personales, el Tribunal Supremo ha establecido unos criterios a tener en cuenta a la hora de fijar el correspondiente régimen, de modo que será el juez quien decida con base en:

"i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse;

ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;

---

[771] Así, CARBAJO GONZÁLEZ, J. "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwNDY3MBcrSy1qDgzP882LDM9Na8kFQA1P8RAQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

En esta línea, se ha afirmado que el interés del menor prevalece frente al de sus progenitores cuando este último es contrario al primero, es decir, no se puede observar la situación como si se tratara una pugna entre el interés del menor contra funciones parentales, ya que éstas se ejercen en interés del menor. Así, DÍAZ ALABART, S. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2)", *op. cit.*, pp. 345 y ss., consultado en https://app.vlex.com/?r=true#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:223/familias+ensambladas/ES/vid/186758 el 26/07/2020.

No obstante, desde el sector judicial se ha señalado que el derecho del menor a relacionarse con los abuelos, hermanos y otros parientes o allegados no puede usarse para dificultar las visitas del menor con sus progenitores y se han apuntado cuatro cuestiones que deben tenerse en cuenta por la autoridad judicial a este respecto: a) averiguar el tiempo de que dispone el menor considerando que tiene que ir al colegio o instituto, estudiar, descansar y disfrutar de sus aficiones; b) averiguar el tiempo de que disponen los progenitores, teniendo en cuenta todas sus circunstancias personales, familiares y laborales: c) indagar sobre la relación de los progenitores con sus respectivas familias, ya que, igual, el menor podría relacionarse con estos otros parientes o allegados durante su estancia con uno de los progenitores, y d) no asimilar los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores con el tiempo para relacionarse con otros parientes y allegados. Esto ha sido puesto de manifiesto por CAMPO IZQUIERDO, A.L. "Abuelos, parientes y allegados", *Actualidad Civil*, nº 19-20, 2012, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwNDSxMTIVK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUA_Ynk4UMAAAA=WKE el 26/07/2020. Y para adoptar la medida más acertada, se han condensado en tres los métodos de que dispone el juez: la exploración personal del menor -art. 92.2.º CC-, el informe pericial de especialistas -art. 92, último párr.- y todos los medios de prueba que permite la LEC. GARCÍA VARELA, R. "Régimen de comunicación entre parientes y allegados", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* nº 3, 1997, pp. 1884-1885, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMjAwMxSrSy1qDgzP882LDM9Na8kFQBEPxWRQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

iii) la intensidad de las relaciones anteriores;

iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y,

v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor" [772].

No existe, en el Código Civil español, una norma que reconozca expresamente un derecho del menor a relacionarse con el cónyuge o pareja de su progenitor una vez cesada la convivencia entre ambos. Sin embargo, a este propósito se ha señalado la importancia de la doctrina fijada por el TS[773], sobre la

[772] La conocida STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011. En esta sentencia, a la Sala Primera se le presenta el siguiente supuesto: una pareja de hecho formada por dos mujeres finaliza su relación tras más de diez años debido a maltrato mutuo y doble prohibición de aproximación y comunicación. Casi tres años antes, tras haberse sometido a las técnicas de reproducción asistida, una de ellas da a luz a un niño. Los tres convivieron hasta la disolución de la pareja. No hay conocimiento fehaciente de si la decisión de ser madres fue conjunta o no, pero en instancia quedó probado el papel de madre de la compañera de la progenitora del menor y lo beneficioso de esta relación para el menor, por lo que se le concede un derecho de visitas amplio en virtud de la potestad que el artículo 158 CC le otorga al juez para dictar las medidas pertinentes para la adecuada protección del menor. No obstante, la progenitora apela, al considerar que a su excompañera le puede corresponder un derecho a mantener relaciones personales con el menor en virtud del artículo 160.2.º CC, pero no el más amplio que corresponde a los progenitores. La Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia de primera instancia, con base en, entre otros argumentos, que lo importante no es la situación legal de filiación, sino que para el menor también es su madre -aunque no lo sea biológica ni legalmente- y que el derecho de visitas debe interpretarse extensivamente si no perjudica al menor. Por su parte, el Tribunal Supremo desestima, asimismo, el recurso contra la sentencia de la AP. La Sala recuerda el sistema plural de familia erigido en la CE -FD 3.º-, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar de los artículos 8 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE -FD 4.º- y, por supuesto, el interés del menor, que supone, particularmente, que no se prive al menor de las relaciones afectivas de las que venía disfrutando y le son beneficiosas por el hecho de que hayan terminado las propias entre esta persona y su progenitora, ni porque no existan lazos de sangre -FD 5.º-, y, a partir de ahí, fija cinco criterios para determinar la extensión e intensidad del derecho del menor a relacionarse con los "allegados", puesto que el precepto nada dispone a propósito -FD 7.º-. Así, el juez será quien decida sobre ello, considerando esos parámetros.

En el concreto caso sobre el que conoce el Tribunal, la excompañera de la madre carece de lazos biológicos con el menor, y ésta y la progenitora no estuvieron casadas, pero se ha probado la condición de allegada de la primera, por lo que se debe reconocer el derecho de relaciones personales del artículo 160.2.º CC y no el de visitas de los progenitores, y el juez puede adoptar esta medida en el marco de cualquier proceso en virtud del artículo 158 CC para proteger al menor -FD 6.º-. Por tanto, la Sala no esta de acuerdo con los argumentos de la sentencia recurrida, particularmente, por aplicar el derecho de visitas de los progenitores a quien no lo es, pero desestima el recurso por considerar adecuado el fallo en aplicación de la doctrina de la equivalencia de los resultados o del efecto útil de la casación -FD 8.º-.

En definitiva, la discusión no estaba centrada tanto en la naturaleza del derecho de la expareja de la progenitora como en la extensión e intensidad de esas relaciones.

[773] STS 320/2011 (Sec. 1.ª), de 12 de mayo de 2011, Roj: STS 2676/2011.

interpretación del derecho del artículo 160.2.º CC, puesto que, en ocasiones, lo recomendable será otorgar un régimen más amplio a determinados allegados que no son simples terceros, sino que han ocupado un lugar privilegiado en la vida del menor, por ejemplo, por comportarse como un padre o una madre cuando el que tenía que hacerlo no lo hizo, por la razón que sea[774].

Al igual que en los anteriores casos, el establecimiento de este derecho ha de estar condicionado por el respeto del interés del menor. Parece que debe concederse, de no ser contrario a su interés –"No podrán impedirse sin justa causa…" (cfr. art. 160.2.º CC)-, porque precisamente va a beneficiarle el mantenimiento de las relaciones personales que venía disfrutando. En este sentido, se ha señalado como justificación de estas relaciones reconocidas a los allegados el derecho del menor a disfrutar de una relación humana, generalmente tras una situación familiar de crisis, aunque no siempre, que se presume va a ser beneficiosa para aquél, le va a aportar cierta estabilidad emocional y psicológica y va a contribuir positivamente al desarrollo de su personalidad[775]. En la misma línea, los tribunales han puesto de manifiesto que, a la hora de fijar el régimen de relaciones y de acuerdo con las disposiciones que lo regulan[776], rige el principio del interés superior del menor ya que hay que promover la "formación integral" y la "integración familiar y social del

[774] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 114. Esta autora considera que estos criterios deben ser tenidos en cuenta por el juez en los casos de los allegados porque cree que conllevarán al establecimiento de un régimen más amplio en los casos de "paternidad y maternidad de hecho o social" (p. 115-116). No obstante, la técnica utilizada por el Tribunal Supremo en la citada STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011, ha sido criticada por otros autores, que consideran incoherente la extensión del régimen de relaciones personales con los allegados hasta prácticamente equipararlo al derecho de visitas de los progenitores, cuando el Tribunal no ha querido reconocer la condición de madre de la recurrente. Así, DÍAZ MARTÍNEZ, A. "SENTENCIA de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre biológica como allegada del menos. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 88, 2012, pp. 437 y 449.

[775] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 19 y 128. El autor advierte (pp. 19-20) que la regulación e interpretación de esta figura ha de ser meditada ya que, como ha demostrado la práctica, puede ser muy beneficiosa para el menor o altamente perjudicial si el visitador hace un mal uso de ella.

[776] Art. 39 CE, arts. 3.1 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y arts. 92, 158 y concordantes del Código Civil.

menor"[777]. En esta línea, es inexcusable dar audiencia al menor que tuviere suficiente juicio[778].

También se ha sostenido la posibilidad de realizar acuerdos entre el progenitor y estos visitadores allegados. Pero, en caso de no haber acuerdo, corresponde sólo al juez interpretar qué se entiende por "allegado" en cada caso. Y sólo la autoridad judicial será competente para valorar y ponderar las circunstancias que puedan conducir a denegar este derecho, lo cual constituye una excepción a la regla general[779], y como tal habrá de interpretarse restrictivamente, de forma que quede demostrada su oposición al interés del menor, pues en otro caso supondría una restricción de derechos tanto del potencial visitador como del propio menor. Incluso, en caso de denegación del derecho, puede concederse posteriormente si cambian las circunstancias que motivaron su denegación[780].

---

[777] La SAP Vizcaya 339/2017, de 5 de mayo de 2017, citada *ut supra*.

[778] Se ha puesto de relieve que es imprescindible escuchar la opinión del menor, puesto que es quien va a tener estas relaciones y que las mismas se acuerdan en su beneficio. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), "El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados", *op. cit.*, p. 41.

[779] Así lo ha fijado la doctrina de la Sala Primera del TS en Sentencia 779/1993 (Sec. 1.ª), de 21 de julio de 1993, Roj: STS 5592/1993, FD 3º, al establecer que "…si se lee con atención el art. 94 del Código civil, aplicable por evidente analogía a la situación de los padres litigantes, se ve sin mayores esfuerzos que la negación del derecho de visitas es una excepción a la regla general, de carácter imperativo, que sienta su inciso primero, por lo que como excepción debe probar que concurren los presupuestos para que opere quien la alegare (en este caso, el recurrente, quien mantiene el perjuicio del menor)". En el supuesto de hecho, una señora tiene un hijo con un señor fuera del matrimonio y, a poco tiempo de haber nacido, ambos celebran un convenio ante Notario según el cual el padre queda a cargo de la guarda y custodia y del ejercicio de la patria potestad sobre el menor. Un mes después, finalizada la relación entre los progenitores, la madre decide revocar los consentimientos prestados en el documento notarial antedicho, en escritura pública, y deja la cuestión en manos de la autoridad judicial competente. Pretende que se reconozca su patria potestad sobre el menor y conseguir la guarda y custodia. El Juez de Primera Instancia le concede sólo lo primero y la Audiencia Provincial le reconoce, además, un régimen de comunicación y visitas con el menor. La madre considera que la sentencia de la Audiencia es incongruente, pero el TS aclara que no es así, puesto que la Audiencia no le ha concedido algo que no ha pedido, sino menos, y que el reconocimiento de las visitas es precisamente "consecuencia ineludible la patria potestad en favor de la actora que se hace en el fallo, pues nada más lógico que la madre pueda comunicar con su hijo cuando los padres viven separados y el hijo convive con uno de ellos (art. 160 Código civil)".

[780] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 129, 238 y 325. También se ha afirmado que el juez tiene un amplio poder de decisión en la resolución de las disputas que se generen a propósito de este derecho del menor, y ello porque, frente a los mayores poderes que detentaban los progenitores al respecto en el pasado, hoy día éstos tienen la obligación de "crear un ambiente propicio para el desarrollo del niño". Así, VERDERA IZQUIERDO, B. "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *op. cit.*, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAWNDQwNLtbLUouLM_DzbsMz01LySVACI__fAIAAAAA==WKE el 26/07/2020.

Aunque son escasas aún, cada vez se encuentran más decisiones judiciales recaídas en un proceso instado por el cónyuge o pareja del progenitor para mantener relaciones personales con el menor, basándose en su situación de "allegado". En algunos casos lo han concedido y en otros no[781].

Están también los casos en que la filiación legal del menor se impugna y es alterada, de modo que quien venía siendo su padre legalmente ya no lo es, y

---

[781] En este sentido, la SAP Tenerife 104/2006 (Sec. 1.ª), de 13 de marzo de 2006, Roj: SAP TF589/2006, deniega el establecimiento de un régimen de relaciones personales a la expareja de la madre, por haberse negado la menor al mismo. La AP confirma la sentencia de primera instancia, en atención al interés superior de la menor, que no reconoce a la demandante como madre ni como allegada, no quiere saber nada de ella, llevan tiempo sin tener relación alguna y, a mayor abundamiento, las relaciones entre las adultas son malas. No se aprecia el beneficio para la menor en retomar una relación ya agotada y con la negativa de ésta. Por su parte, la SAP Alicante 149/2008 (Sec. 6.ª), de 9 de abril de 2008, Roj: SAP A 2015/2008 también desestima el recurso y confirma la sentencia del juez *a quo* en un supuesto de solicitud de visitas por la expareja lesbiana de la madre, con la que la menor había convivido durante seis años. Tras la ruptura, la madre se casa con un hombre y éste adopta a la menor, formando ahora los tres un núcleo familiar cuyos adultos ejercitan conjuntamente la función parental. La decisión del tribunal se fundamenta en la negativa de la menor al mantenimiento de una relación que lleva tiempo extinguida y porque la expareja de la madre solicita un régimen de visitas análogo al de los progenitores, igual de amplio, incluidas la mitad de las vacaciones. Creo que la AP tenía el poder de fijar un régimen correspondiente a los allegados en virtud de las competencias que le otorga el art. 158 CC en materia de protección del menor en cualquier tipo de proceso. Sin embargo, es cierto que, si la menor desconocía la relación y la rechazaba, y no se trataba de continuar, sino de retomar la relación pasada, el uso de aquella potestad no responde al interés de la menor. Por otro lado, la SAP Melilla (Sec. 7.ª) nº 71/2016, de 29 de diciembre, Roj: SAP ML 212/2016, deniega el derecho a relacionarse con una menor a una persona que había sido conviviente de la madre por no tener ningún vínculo de parentesco, tener una relación enfrentada con la madre de la menor y no ser reconocido como padre por la niña.

Sin embargo, se reconoce este derecho en la SAP Tenerife 231/2002 (Sec. 1.ª), de 6 de mayo de 2002, Roj: SAP TF 1163/2002. La niña había sido adoptada en China por sólo una de las miembros de la pareja de hecho, pero la otra había convivido con ellas desde el principio y había apoyado a su pareja en todo el proceso de adopción y en el ejercicio de las funciones parentales. *V. gr.*, entre las actuaciones en la vida diaria de la menor desempeñadas por la pareja de la madre y acreditadas en el proceso, se menciona que la misma hacía visitas al pediatra y participaba en actividades escolares y extraescolares. Asimismo, la SAP Madrid 851/2019 (Sec. 22.ª), de 18 de octubre de 2019, Roj: SAP M 14414/2019, estima el recurso y fija un régimen de relaciones personales entre dos menores y el excompañero de la madre, que había convivido con ellas durante tres años, tiempo durante el cual había cuidado de ellas junto a la progenitora -no como cuidador principal, pero si en apoyo de la madre (*v.gr.* estaba autorizado por escrito a recoger a las niñas del colegio)-. De la prueba practicada en primera instancia se desprende lo beneficioso de la relación para las menores -tanto de la entrevista de ambas como de la interactuación con el solicitante del régimen de relaciones-. Por tanto, se fija un régimen propio de los allegados, sin pernocta y consistente en un domingo al mes, de 12 a 17 horas.

Algunos tribunales han incluso advertido sobre la posibilidad del cónyuge del progenitor -por cuanto venía ejerciendo la guarda en exclusiva sobre la menor desde el fallecimiento de la madre y era apartado de esta función por la Audiencia Provincial por estimar que la misma correspondía al padre biológico- de entablar un proceso judicial a fin de obtener un régimen de visitas, posibilidad que la Sala reconocía debido a "la estrecha e innegable relación" entre ambos -así, la anteriormente citada SAP Granada 473/2011, de 4 de noviembre de 2011, al final de sus fundamentos (FD 2.º)-.

determinada la filiación del menor con respecto de otro hombre, sólo cabe solicitar un régimen de relaciones personales con el menor. Afortunadamente, este régimen puede ser más o menos amplio, en atención a las circunstancias del caso, lo cual deberá ser valorado por el juez conforme a los criterios fijados por la doctrina del TS[782].

[782] La STS 126/2019 (Sec. 1.ª), de 1 de marzo de 2019, Roj: STS 653/2019, conoce de un caso en que el que constaba como padre desde el nacimiento de la menor ve cómo se impugna su paternidad y se determina la misma con respecto a otro sujeto. El juzgado de primera instancia da la razón a la madre, de modo que retira la patria potestad al que había sido el padre, extingue la pensión de alimentos y deniega un régimen de visitas. Por su parte, la AP Cáceres estima el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia y acuerda un régimen de visitas bastante amplio, consistente en fines de semana alternos y mitad de vacaciones. La madre de la menor interpone un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación ante el TS, que se resuelven negativamente, confirmando la sentencia de la AP. La AP había aplicado los criterios recogidos en la conocida STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011. Así, en atención al interés de la menor, estima que de los informes técnicos y, en general, de la prueba practicada, la relación con el que hasta entonces había sido su padre es beneficiosa para ella, y que se debe preservar la relación con la hermana de la menor, que es hija común de ambas partes procesales. Todo ello comparte el TS y estima que debe mantenerse el régimen fijado en la SAP recurrida.

En el caso resuelto por la SAP Málaga 1028/2018 (Sec. 6.ª), de 28 de diciembre de 2018, Roj: SAP MA 2583/2018, un matrimonio se divorcia y, en un primer momento, se fija un régimen de guarda y custodia compartida en relación a los dos hijos del matrimonio. No obstante, con posterioridad, se impugna la paternidad del padre, por lo que continúa el régimen de guarda y custodia compartida con respecto al hijo mayor común, pero no respecto de la menor. En relación con ésta, se fija un régimen de visitas progresivo con el progenitor biológico en otro proceso, y en el presente, el que hasta entonces había ejercido de padre solicita al juzgado de primera instancia un régimen amplio de visitas. El juez *a quo* estima parcialmente la demanda, de modo que se reconoce el derecho a tener a la menor en su compañía una vez al mes, con pernocta, desde el sábado por la mañana al domingo por la tarde, que deberá coincidir con el tiempo que el hermano pasa con el progenitor. Además, se reconocen siete días en el período de vacaciones de verano, pero se suspenden las visitas de fin de semana en los períodos vacacionales. La madre recurre en apelación y el solicitante de las visitas impugna dicho recurso y pretende la ampliación del régimen de relaciones fijado. La AP desestima el recurso de apelación de la madre, pues, en atención a la doctrina de la propia Sala -S. 31 julio 2009-, "Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor (…) y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor (…) Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor (…)" -FD 2.º-. Por otro lado, la Sala estima parcialmente la impugnación del recurrido, de modo que, por facilitar la situación, fija la recogida de la menor el viernes, y no el sábado, para que coincida con el momento de la recogida del otro hijo, es decir, a la salida de ambos del colegio; pero se deniega la ampliación de las relaciones en el período vacacional, ya que, como recuerda el tribunal, al tratarse de un allegado, el régimen no puede ser tan amplio como el de visitas que le corresponde a los progenitores biológicos. De forma similar, la SAP Málaga 682/2018 (Sec. 6.ª), de 19 de julio de 2018, Roj: SAP MA 2570/2018, caso en que se ha fijado un régimen de relaciones personales bastante amplio con el allegado en atención al interés de la menor, así como al hecho de que la menor tiene un hermano que es hijo común de los adultos implicados, para que permanezcan más tiempo juntos. No obstante, en esta sentencia se trata como "allegado" a quien en realidad es pariente de la menor, pues la misma es hija de su hermano, lo que la convierte en su sobrina.

Se debe mencionar que existen, asimismo, sentencias en las que se reconoce la condición de allegados -y el correspondiente derecho del menor a mantener su relación personal con ellos- a otros miembros de las familias reconstituidas[783].

Resulta interesante señalar que algunos autores han apreciado que, puesto que los legitimados para entablar la acción son los menores, abuelos, parientes y allegados, y no los progenitores, la eventualidad de que sean éstos los que pretendan el establecimiento de un régimen de relaciones personales entre el menor y unos abuelos o parientes o allegados que se oponen debería rechazarse -aunque otros la han admitido-, dado que no parece acorde al interés del menor la forzosidad de unas relaciones no deseadas. Por tanto, la solicitud de estas relaciones sólo debería venir de aquéllos en los supuestos en que los titulares de la función parental o tutelar prohíban o dificulten las relaciones personales del menor con los legitimados sin justa causa[784].

Existe la posibilidad de realizar acuerdos sobre el derecho de visitas en general, con independencia del visitador[785].

---

[783] *V.gr*. SAP Málaga 638/2010 (Sec. 6.ª), de 1 de diciembre de 2010, Roj: SAP MA 3030/2010. En esta sentencia, se reconoce en apelación el derecho de un niño a mantener relaciones personales con el que, hasta entonces y desde su nacimiento, había sido su abuelo de hecho -por ser éste marido de su abuela paterna-, así como la legitimación de éste para solicitarlas, ya que el juzgado de primera instancia se la había negado por no ser abuelo de sangre, en desatención del derecho que corresponde al menor en relación a los allegados en virtud del artículo 160.2.º CC. Para ilustrar hasta dónde llega la recomposición familiar en este caso, el marido de la abuela había ejercido, asimismo, de padre del padre del menor desde que aquél tenía tres años y, luego, la pareja había tenido otra hija, común, que es tía del menor de autos, lo que refuerza los vínculos familiares entre el menor y el marido de la abuela. No obstante, el estudio de este tipo de relaciones no es objeto de este trabajo, y mucho menos lo es en el caso de allegados ajenos a las familias reconstituidas. En este es sentido, es posible encontrar alguna resolución sobre solicitud de régimen de relaciones personales con allegados que tenían una relación de amistad con los progenitores y, en su virtud, tuvieron una estrecha relación de afecto con el menor. Es el caso de la SAP Murcia 82/2013 (Sec. 4.ª), de 7 de febrero de 2013, Roj: SAP MU 347/2013. En esta ocasión, se rechaza por haberse suspendido hace tiempo las relaciones y negarse el menor a su reanudación, si bien queda acreditada la estrecha relación que durante años tuvieron el menor y una amiga de la madre, en particular durante la enfermedad que finalmente provocó el fallecimiento de la madre.

[784] En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 106.

[785] RIVERA ÁLVAREZ, J.M. "El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad artículo 160.2º y 3º párrafos del código civil", *op. cit.*, pp. 660-661. No obstante, entre los modos de hacerlo que menciona está el convenio regulador, y no creo que este sea el medio adecuado, a salvo el caso de los abuelos; también DÍAZ ALABART, S. "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2)", *op. cit.*, pp. 345 y ss., consultado en https://app.vlex.com/?r=true#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:223/familias+ensambladas/ES/vid/186758 el 26/07/2020. Esta autora ha sostenido la indisponibilidad e irrenunciabilidad a

Algunos legisladores autonómicos han regulado la situación. En el caso de Aragón, se regula el contenido del pacto de relaciones familiares -que viene a ser una especie de convenio regulador que pueden otorgar los progenitores del menor en caso de separación, sean cónyuges o pareja de hecho- y, entre los extremos que la ley permite acordar se halla el régimen de relación de los hijos con hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, si bien el pacto requiere aprobación judicial para desplegar efectos, previa audiencia de las personas mencionadas[786].

En defecto de pacto, entre las medidas, tanto definitivas como provisionales, que puede adoptar el juez de oficio o por petición del Ministerio Fiscal o cualquier

---

este derecho, en el sentido de que no se puede excluir el derecho, pero sí pactar sobre las formas de ejercicio, lo cual además, defiende que sería el mejor modo de llevarlo a cabo.

[786] Artículo 77. El pacto de relaciones familiares.

1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

(…)

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

(…)

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo de los padres.

b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.

c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.

f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.

5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.

6. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación".

persona interesada, se halla la de asegurar tanto la continuidad como la efectividad de las relaciones del menor con las personas antes indicadas[787].

Por su parte, el derecho catalán regula un régimen de visita para el cónyuge del progenitor o su conviviente en pareja, en interés del menor, y siempre que hayan convivido durante los últimos dos años. Para su establecimiento, aquél habrá de solicitarlo al Juez competente[788].

Un sector doctrinal ha observado, en este punto, dos notas: la necesidad de una convivencia vigente y que ésta haya alcanzado cierto tiempo[789].

Otros autores han criticado la exigencia de más presupuestos que el del interés del menor y la falta de previsión de este derecho en caso de otras circunstancias, distintas de la muerte del progenitor. En concreto, este sector

---

[787] "Artículo 79. Medidas judiciales.

1. A falta de pacto entre los padres, el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes.

2. El Juez, de oficio o a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias a fin de:

a) Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

(…)

3. El Juez podrá disponer las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas.

4. El incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas judicialmente podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial.

5. Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. (…)".

"Artículo 84. Medidas provisionales.

En los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el Juez, a petición del padre, madre, hijos a cargo mayores de catorce años o del Ministerio fiscal en su función legal de protección de los hijos menores e incapacitados, podrá acordar la adopción de medidas provisionales sobre las relaciones familiares de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Sección".

[788] Establece el artículo del CCCat.:

"Artículo 236-15. Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable.

(…)

3. El cónyuge o conviviente del progenitor difunto a quien no corresponda la guarda de acuerdo con el apartado 2, si el interés del hijo lo justifica, puede solicitar a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre y cuando haya convivido con el menor durante los dos últimos años".

[789] VAQUER ALOY. A., IBARZ LÓPEZ. N. "*Las familias reconstituidas… op. cit*., pp. 216-217.

doctrinal considera "innecesaria*"* y "desafortunada" la norma contenida en el artículo 236-15 CCCat., puesto que el artículo 236-4.2 CCCat. ya establece el derecho de visitas del menor con las "demás personas próximas"[790], además de "arbitraria e incongruente" por exigir la convivencia mínima de dos años entre ellos, ya que parece contrario al espíritu del artículo 236-4, que presume que esas relaciones son beneficiosas para el menor salvo que se acredite lo contrario. Además, razona que el estatuto de "padrastro" se extingue tras el divorcio de la pareja o tras la declaración de incapacidad, la imposibilidad permanente o la privación de la custodia al cónyuge[791].

Algunos tribunales han considerado adecuado al interés del menor el establecimiento de un régimen de visitas con los parientes de la familia extensa materna de la menor, concretamente la abuela y tíos de la menor. En este sentido, la AP Barcelona[792], que en relación a un caso ha sostenido que no se da la justa causa para denegar el mantenimiento de esas relaciones familiares que requiere el artículo 236-4.2 CCCat. Si bien esta sentencia versa sobre el régimen de relaciones personales del menor con abuelos y tíos, resulta de interés al propósito de este trabajo porque la misma ofrece una lista de (justas) causas que suelen llevar a los tribunales a denegar este derecho, y algunas de ellas podrían ser extensibles al caso del cónyuge o pareja del progenitor. Las causas de denegación del derecho, según la Sala, son:

> "1º. La falta de vínculo afectivo.
>
> 2º. La falta de relación del abuelo/a o ausencia de contacto durante años con esa rama familiar.
>
> 3º. La existencia de problemas serios entre los padres y los abuelos (por ejemplo, malos tratos, sospechas de abusos, condenas penales, etc.).

---

[790] Dispone el precepto:
"Artículo 236-4. Relaciones personales.
(…)
2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedirlas si existe una justa causa".

[791] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, p. 67.

[792] SAP Barcelona 491/2017 (Sec. 12ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP B 10680/2017. En el mismo sentido se pronuncia, también, la SAP Barcelona 375/2017 (Sec. 12ª), de 11 de abril de 2017, Roj: SAP B 4586/2017, que reconoce el derecho de los nietos a relacionarse con su abuela materna.

4º. La intención por parte de los abuelos de asumir un rol parental.

5º. La inapropiada conducta de los abuelos y/o las manifestaciones en contra de los progenitores.

6º. La posibilidad real de estar con el nieto cuando éste está con el padre o la madre.

7º. La existencia de informes psicológicos que evidencien un riesgo razonable para el menor de que esa relación le desestabilice".

Al menos las causas primera a tercera, quinta y séptima parecen fácilmente extrapolables al caso de los allegados. No parecen adecuadas al caso, sin embargo, las causas cuarta y sexta.

La Audiencia Provincial de Barcelona ha sostenido la importancia del mantenimiento de relaciones parentofiales entre un menor y su progenitor por creerlas "esenciales para el fortalecimiento de los vínculos" entre ambos "y para la normalización de sus relaciones con la nueva esposa" del padre "y con los hijos de la misma" por no darse ningún hecho que justifique lo contrario, a pesar de los problemas que supone para el hijo el hecho de que el padre tenga una nueva familia y se sienta menospreciado, ya que "el deseo del menor no puede ser nunca elemento esencial que fundamente la decisión de un tribunal de impedir la relación de los hijos con alguno de sus progenitores, si no concurre una causa muy grave y perfectamente acreditada de la existencia de un riesgo evidente para el menor". De hecho, se aprecia el riesgo, justamente, en la eventual pérdida de la relación con sus progenitores[793].

Asimismo, el legislador catalán ha contemplado que las relaciones del menor con cualesquiera personas a las que la ley reconoce este derecho, distintas de los progenitores que ejercen la potestad parental, cuando entrañen algún tipo de riesgo, el juez puede adoptar medidas para que las relaciones tengan lugar en condiciones de seguridad o bajo supervisión[794].

[793] SAP Barcelona 302/2018 (Sec. 12ª), de 7 de marzo de 2018, Roj: SAP B 1133/2018.

[794] "Artículo 233-13. Supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo.

1. La autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional.

El BGB contempla el derecho del menor a relacionarse con otras personas distintas de los progenitores con las que tiene relación (cfr. §1685). Menciona expresamente a los abuelos y hermanos -apdo. 1.º- y, a continuación, se refiere a las personas con las que el menor tiene una relación estrecha si estas personas han asumido en algún momento responsabilidad real en relación al menor (relación social- familiar), generalmente si ha convivido con el menor durante largo tiempo (cfr. apdo. 2.º). Los progenitores deben refrenarse de cualquier actuación que dificulte la relación del menor con estas personas (cfr. §1684 (2) en relación con §1685 (3) BGB). El alcance del derecho lo decide el tribunal de familia y puede regular su ejercicio, también frente a terceros (cfr. §1684 (3) en relación con §1685 (3) BGB). Finalmente, el derecho puede ser excluido o limitado si el interés del menor lo demanda y, de hecho, estas medidas sólo pueden adoptarse con carácter prolongado o permanente si con su fijación o continuidad peligrara el interés del menor. La ley otorga al juez la facultad concreta para acortar que las relaciones tengan lugar bajo la supervisión de una persona, que puede ser un tercero dispuesto a tal fin o un sujeto nombrado a tal efecto por una agencia de bienestar juvenil o una asociación (cfr. §1684 (4) en relación con §1685 (3) BGB). Puesto que no hay una lista cerrada que lo excluya, este derecho puede serle reconocido al menor con respecto al cónyuge o pareja de su progenitor[795].

Por su parte, el derecho francés regula la posibilidad de que el Juez de familia fije, cuando el interés del menor lo demande, los términos de la relación a mantener entre el menor y un tercero y, entre ellos, describe al tercero que ha residido de forma estable con el menor y uno de sus padres, y que ha contribuido a su educación y mantenimiento, así como establecido con el menor unos lazos emocionales de carácter duradero (cfr. art. 371- 4. 2.º CCF)[796]. Es curioso cómo está configurado el

---

2. Si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar".

[795] BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 586. En esta línea, y también con reconocimiento explícito al cónyuge o pareja del progenitor, se ha considerado que la cada vez mayor complejidad de las relaciones familiares ha supuesto la inclusión de más personas respecto del disfrute del derecho del menor a relacionarse con ellas, ya que hoy día son numerosas las personas que pueden ejercer las funciones parentales. Así, DETHLOF, N. "Parental Rights and Responsibilities in Germany", *Family Law Quarterly*, vol. 39, nº 2, 2005, p. 329.

[796] Modificado por Loi nº 2013-404 du 17 mai 2013 -art. 9-.

Sobre estas relaciones, se ha sostenido que no se restringen a la correspondencia y las visitas, sino que el juez tiene la potestad de cuestionarse la posibilidad de establecer un derecho de alojamiento, cuando por ejemplo el tercero ha cuidado del menor durante un tiempo considerable y ha desarrollado unos vínculos afectivos estrechos. Así, VERSINI, D. "L'enfant au coeur des nouvelles

mantenimiento de relaciones personales en derecho francés. En el caso de este artículo 371-4, se trata de un derecho del menor -en el primer párrafo contiene el derecho a relacionarse con sus ascendientes y se presume *iuris tantum* en interés del menor; en el segundo, se regula la posibilidad de regular las relaciones con terceras personas, si se aprecia que es beneficioso para el menor-[797]. Sin embargo, en el supuesto de separación de sus progenitores, el mantenimiento de relaciones personales con éstos se configura, no como un derecho del menor, sino como un deber de los progenitores[798]. Esta solución es, si bien con otros términos, equiparable a la española. Sin embargo, la falta de especificidad y, si se quiere, claridad del Código Civil español permite las relaciones del menor con un más amplio abanico de personas.

Con respecto al BW neerlandés, se ha sostenido que estas personas no tienen un "derecho" igual al de los progenitores (cfr. art. 1:377a BW). Este sector doctrinal parece querer decir que, mientras el de los progenitores es un derecho reconocido a ambos, las personas cercanas al menor no tienen un derecho propio, sino que tales relaciones personales se fijan en interés del menor, que se presume, pero pueden no establecerse o suspenderse en atención a ese interés o si el menor que ha cumplido los doce años se opone a su establecimiento[799].

---

parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", *op. cit.*, p. 42.

Asimismo, se ha puesto de relieve que los pronunciamientos judiciales revelan, entre otras cuestiones, que el derecho del padrastro no puede equipararse al propio de los progenitores y que su contenido y extensión va a depender de las necesidades concretas del menor. CALCIO GAUDINO, M. "Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées", *op. cit.*, p. 40.

[797] No obstante, el derecho al mantenimiento de relaciones personales no puede imponerse al tercero. FENOUILLET, D. "La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ?", *op. cit.*, p. 118.

[798] Así se observa de la lectura del artículo 373-2, segundo párr. CC francés y lo asevera autorizada doctrina, como GOUTTENOIRE, A. "Les droits de l'enfant", *op. cit.*, p. 576.

[799] En este sentido, JEPPESEN DE BOER, C.G. "A comparative analysis of contact arrangements in the Netherlands and Denmark", en BOELE-WOELKI, K. *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe"*, *op. cit.*, pp. 397-398.

Asimismo, la autora cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos, que ha determinado que el derecho del menor a mantener relaciones personales con estos allegados tiene su base en el artículo 8 CEDH -en este sentido, también en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 592-, ya que la relación personal cercana -*Dutch Supreme Court*, HR 22 February 1985, *NJ* 1986,3- entre ambos es calificable de "vida familiar", la cual no tiene lugar necesariamente a partir de la biología -*Dutch Supreme Court*, HR 26 January 1990, *NJ* 1990, *nr*. 630- (p. 398).

El derecho suizo establece la posibilidad de atribuir, en circunstancias extraordinarias, el derecho a relacionarse con el menor a personas diferentes de sus progenitores, en especial si se trata de familiares y siempre que sea adecuado al interés del menor (cfr. art. 274a, apdo. 1.º ZGB). La competencia para ello la tiene el juez del domicilio del menor y el momento para hacerlo es cuando atribuye la autoridad parental o la custodia, o cuando se modifica la misma o la pensión de mantenimiento; sin embargo, si aún no ha habido pronunciamiento sobre el derecho de los progenitores, las relaciones personales no se pueden desarrollar contra la voluntad de los titulares de la autoridad parental o la custodia (cfr. art. 275 ZGB).

En derecho inglés se distinguía, hasta 2014, entre la *residence order* y la *contact order*, pero ahora la §8 (1) del *Children Act* 1989 las agrupa bajo el nombre *child arrangement order*, que literalmente vendría a ser una orden sobre acuerdos concernientes a menores, relativos, bien a con quién va a vivir, pasar tiempo o tener cualquier otro contacto, bien a cuándo va a vivir, pasar tiempo o tener contacto con cualquier otra persona. En relación al *stepparent*, no se puede presumir la relación, sino que habrá de acreditarse su beneficio para el menor para su mantenimiento[800]. Los progenitores pueden celebrar acuerdos relativos a este derecho según las reglas generales del derecho inglés, los cuales no están sometidos a control judicial si no media litigación, y tampoco los va a controlar necesariamente si la litigación se produce en un marco distinto de un proceso de divorcio, pero sí será obligatorio, sin embargo, al hilo de un proceso de divorcio y cuando al juez se le solicite una orden relativa a estos acuerdos en virtud de la §8 *Children Act*, decisión que habrá de tomar en atención al interés del menor (cfr. §1(5) *Children Act*)[801].

En cuanto al derecho estadounidense, en el apartado referente a la guarda y el cuidado del menor se ha puesto de relieve cómo la probabilidad de obtener la custodia del s*tepchild* era igualmente escasa si se estaba casado con el progenitor como si era el mero conviviente de hecho. Sin embargo, cuando lo que se solicita es un derecho de visitas, el matrimonio con el progenitor del menor es un factor determinante. Es muy común conceder ese derecho al *stepparent*, puesto que la injerencia en los derechos de los progenitores es menor, y bastante complicado de

[800] BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 583. Al respecto cita las sentencias *Re H (A Minor)(Contact)* [1994] 2 FLR 776. Cf *Re C (A Minor)(Access)* [1992] 1 FLR 309, CA. Asimismo, el derecho puede ser excluido, restringido o condicionado si es contrario al interés del menor (pp. 622-623).

[801] Vid. BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.) *European Family Law in Action… op. cit.*, p. 612.

dar al conviviente de hecho por carecer de estatus[802]. El derecho positivo de algunos estados también viene reconociendo un derecho a mantener relaciones personales con el menor a los *stepparents*[803].

El Tribunal Supremo de los EUA, en el marco de un asunto[804], consideró inconstitucional una concreta aplicación de una norma del estado de Washington que facultaba a cualquier persona para solicitar un derecho de visitas con un menor en cualquier momento; si bien, no descartó la posibilidad de que un tercero solicitara a la autoridad judicial un derecho de visitas cuando las circunstancias lo hicieran oportuno. El problema es que no concretó esas circunstancias. Por otro lado, la controversia se centró en los derechos de los progenitores, sin tener en cuenta si el mantenimiento de las relaciones personales podía ser adecuado al interés del menor -que puede no coincidir con el de aquéllos-, circunstancia que fue puesta de manifiesto por el Juez Stevens en su "voto particular"[805]. De hecho, los tribunales de algunos estados recomiendan no seguir la doctrina del asunto *Troxel* en el sentido de no aplicar la presunción de que la negativa de los progenitores a continuar la relación entre el menor con un tercero es siempre en interés del menor, sino que ha recomendado que se conceda un derecho de visitas cuando el menor y el conviviente no progenitor así lo quieran, siempre que hayan convivido durante un período de al menos seis meses como una familia. Para ello recomienda que el más alto tribunal de cada estado establezca una clara distinción entre esta relación y la que tienen los

[802] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 140, 144 y 146.

[803] Esto ha sido afirmado por autorizada doctrina, a cuyos efectos cita la legislación de los estados de California, Tennessee o Kansas. BARTLETT, K.T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status…, *op. cit.*, p. 935. No obstante, se desconoce la vigencia actual de tales normativas. El derecho positivo americano no se estudia en este trabajo por ser evidentemente inabarcable, aunque el presente constituye un ejemplo de que, además del *common law*, también el *statutory law* regula algunas cuestiones relativas al *stepparent*.

[804] *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

[805] Todo ello se extrae del trabajo de JACOBS, M.B. "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", *op. cit.*, pp. 314-316. El desacuerdo del Juez Stevens y otros con el fallo, puede consultarse en el texto de la decisión como una especie de votos particulares. Consultado en https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/57/case.pdf el 26/07/2020.

niños con sus abuelos, y así abandonar por fin la aplicación a estos sujetos de la presunción parental fijada en el asunto *Troxell*[806].

En resumen, se puede considerar perfectamente como allegado al cónyuge del progenitor a efectos de la norma del Código Civil (cfr. art. 160.2.º CC), pero una conformidad con su inclusión en esta categoría, en lugar de en la de parientes del menor, supondría una desventaja por tener un estatus inferior si concurre con otras personas en la solicitud de un régimen de relaciones personales con el menor, ya que la categoría de los allegados es un cajón de sastre en el que cabe cualquier persona que pueda tener algún vínculo afectivo con el menor y, en principio, la persona que ha convivido con el menor durante un tiempo más o menos prolongado y ha podido desempeñar un rol parental merece una mayor consideración. Del derecho comparado se desprende que esto se puede hacer al menos de dos modos: mediante la previsión de una norma expresa para el cónyuge del progenitor o mediante su inclusión en la norma genérica. A mi juicio, en lo que atañe al mantenimiento de relaciones personales no es necesario pedir más requisitos que el de que las mismas no sean contrarias al interés superior del menor. Por lo demás, dónde se acuerden debería ser indiferente. Pienso que sería interesante tener en cuenta también las soluciones ofrecidas por los legisladores aragonés e inglés y dejar libertad a las partes para pactar sobre el establecimiento de un régimen de relaciones personales, con el correspondiente control judicial.

III. LA ESFERA PATRIMONIAL DE LA RELACIÓN

Algún estudio llevado a cabo en el campo de la psicología muestra que las familias reconstituidas tienen una mayor preocupación por los problemas

[806] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 142-143; pp. 127 y 149-151. Los niños no han vivido con sus abuelos pero sí con estos sujetos.

Otros autores también se han referido a la influencia de la doctrina *Troxel*: algunos tribunales la han seguido para poner límites a la potestad judicial, de modo que no se otorgue la custodia de un menor a quien no es su progenitor, mientras que otros la han seguido para amparar el derecho del progenitor cuando éste ha cuidado de su hijo frente a las reclamaciones de los *nonparents*. En los casos en que los *nonparents* han logrado la custodia, habían estado viviendo y cuidando del menor previamente. Esta doctrina, afirman los autores, está muy influenciada por los principios elaborados por el American Law Institute (ALI), que han dispuesto unos requisitos para reconocer a una persona como *de facto parent* -ALI *Principles of the Law of Family Dissolution, Chapter* 2 § 2.03 (c) (2000)- . En este sentido, ELLMAN, I.M., KURTZ, P.M., SCOTT, E. *Family Law: Cases, Text, Problems*, 3ª ed. (*2002 Teachers' Supplement*), p. 61, consultado en https://www.researchgate.net/publication/48865778/download el 26/07/2020.

económicos, puesto que, a pesar de haber dos sustentadores en la familia, también suele ser mayor el número de miembros y porque, al ser un modelo tan complejo, a veces uno de los cónyuges debe hacer frente al pago de una pensión al excónyuge[807].

También, en el ámbito jurídico, se ha sostenido que los aspectos patrimoniales son de mayor importancia en las familias reconstituidas que en las primeras familias, en especial la cuestión referida a la administración del patrimonio del hijo no común[808], entiendo que porque, al convivir con familiares que no tienen vínculo de sangre con éste, el interés superior del menor exige una atención especial y cuidadosa por parte del legislador. En este apartado se trata la administración de los bienes del hijo no común -por ser una cuestión de claro contenido económico o material- junto a su representación -dado que el estudio de ambas cuestiones suele ser conjunto, por las claras implicaciones que tienen entre sí- y si cabría algún tipo de responsabilidad civil extracontractual del cónyuge del progenitor por los daños causados por el hijo de su cónyuge.

Aunque son diversas las cuestiones a tratar en el ámbito patrimonial, en esta sede se analizan también otros aspectos de contenido patrimonial de la relación entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común: si cabría o no establecer un deber de mantenimiento en favor del hijo no común y, su caso, bajo qué condiciones, y el ya existente deber -de ambos- de contribución a las cargas de la familia.

1. ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA FUNCIÓN PARENTAL

Se plantea el interrogante de si el cónyuge no progenitor puede representar y administrar los bienes de los hijos de su consorte, del mismo modo que los progenitores lo hacen en virtud del artículo 154.2.º CC. Esta parece la decisión legislativa más peliaguda de cuantas se analizan en este apartado, por cuanto la representación y administración de los bienes de los hijos ha sido siempre una

[807] ARRANZ FREIJÓ, E. et al., "Análisis de los problemas y necesidades educativas de las nuevas estructuras familiares", *Psychosocial Intervention*, vol. 19, nº 3, 2010, pp. 247 y 249. El estudio viene realizado a partir de la selección de familias "mediante muestreo mixto e incidental en centros educativos de infantil y primaria de Andalucia y de Euskadi y mediante reclutamiento a través de diferentes asociaciones" -p. 244-. Para las familias reconstituidas seleccionadas se requería la previa convivencia de no menos de un año entre el menor o menores y el cónyuge o pareja de su progenitor.

[808] *Vid.* Ponencia de BOSCH, A. "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial" *op. cit.*, consultada en http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon/index.htm el 26/07/2020.

prerrogativa de las que conforman la función parental, reservado en exclusiva a sus progenitores[809].

Se regula el deber de representación legal de los hijos, pero ninguno de ellos puede aplicarse, en modo alguno, a la relación entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común, ya que viene reservado de forma exclusiva a los progenitores (cfr. art. 162 y 163 CC).

Por otra parte, se regulan las particularidades del deber de administrar los bienes de los hijos y cómo ha de tener lugar (cfr. arts. 164 a 168 CC). En esta sede se debe prestar especial atención a la posibilidad de que los progenitores destinen los frutos de los bienes del menor no emancipado, de su trabajo o industria, al levantamiento de las cargas de la familia sin necesidad de rendir cuentas de lo invertido a tal fin (cfr. art. 165, párr. 2º CC). Las condiciones son que el menor viva con ambos o con uno de ellos -lo que incluye la posibilidad de hacer uso de esta facultad a un progenitor en el ámbito de una familia reconstituida- y que el gasto sea en proporción a la parte que corresponda al menor.

Además, se establecen tres excepciones a la regla anterior (cfr. art. 165, párr. 3º CC):

1. Los frutos de los bienes donados o dejados a los hijos con el fin de atender a su educación.

2. Los frutos de los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente así lo haya mandado.

3. Los frutos de los bienes adquiridos por sucesión cuando el progenitor de que se trate no los recibió para sí a causa de una justa desheredación o indignidad para suceder.

[809] Se debe recordar, como ha hecho un sector de la doctrina, que es posible distinguir tres contenidos diferenciados dentro de la función de protección del menor: la esfera personal, la esfera patrimonial y la representación legal. Así, YSÁS SOLANES, M. "La patria potestad", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit*., p. 73; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "La potestad parental", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña, op. cit.*, p. 112; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres, op. cit.*, p. 65.

No obstante, aún pueden los progenitores destinar los frutos de estos bienes excepcionados si carecieren de medios, pero no podrán hacerlo *motu proprio*, sino que deberán solicitarlo al Juez, que decidirá si se deben y en qué proporción, con base en la equidad.

Dentro de la función de administración de los bienes de los menores sometidos a patria potestad o tutela se hallan la conservación y rendimiento de los mismos -actos de administración propiamente dicha- y el poder de disposición, supeditado a autorización judicial cuando la ley lo exija[810]. Finalmente, debe recordarse que una de las características del patrimonio del menor es que se trata de un patrimonio protegido, en el sentido de que la administración ajena del mismo viene sujeta a control por parte de la autoridad judicial y, en su caso, a la intervención del Ministerio Fiscal[811].

Por su parte, el derecho aragonés contiene disposiciones relativas a la administración de los bienes y representación del menor (cfr. arts. 5, 9, 12 y 26 CDFA, así como su Preámbulo III, apartados 4, 5 y 13). Por lo que aquí interesa, los menores de edad están sujetos a autoridad familiar -o a tutela o curatela, en su caso- (cfr. art. 5.2.º CDFA). El cónyuge del progenitor que tenga la autoridad familiar *ex* art. 85 CDFA, tiene idénticos derechos y deberes que los progenitores en el ámbito personal, "en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor", pero no comprende la gestión de los bienes del menor (cfr. art. 88.3.º CDFA). Por lo demás, se dispone que la representación legal del menor acaba cuando cumple catorce años (cfr. art. 5.2.º y 3.º CDFA). De los catorce a los dieciocho años, su capacidad se completa con la asistencia de los titulares de la autoridad familiar. Esta función se ejercerá en interés del menor, en todo caso, "de

[810] YSÁS SOLANES, M. "La patria potestad", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit*., p. 75; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 139 y 141-143. Indican estas autoras que se trata de una administración en sentido amplio, pues abarca "tanto el *acto de administración ordinaria*" -que incluye la conservación de los bienes, la información sobre la administración, los actos de gestión y la representación del menor en las actuaciones patrimoniales- "como el *acto de administración extraordinaria o de disposición*" -cuyo contenido es más económico que jurídico-. Las facultades del administrador dependen de la institución jurídica en cuestión. Más aún, los administradores legales tienen un poder más amplio pues, al incluir los actos ordinarios y extraordinarios y la representación legal del menor, tienen poder de gestión. Ahora bien, son funciones -la de administración y la de representación legal- que se estudian separadamente, porque no siempre los actos de gestión se van a hacer en representación del menor.

[811] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., NAVAS NAVARRO, S., "Patrimonio del menor", en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo 2, Barcelona, Bosch, 2010, p. 840.

acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida". La administración de los bienes del menor no emancipado corresponde únicamente a los progenitores o, en su defecto, al tutor (cfr. art. 9.1.º CDFA). Sin embargo, la representación legal del menor de catorce años concierne a los titulares de la autoridad familiar, o, en su defecto, al tutor, a salvo los actos relacionados con los derechos de la personalidad. Los administradores de los bienes del menor son sus representantes en la ejecución de ese tipo de actos (cfr. art. 12 CDFA), por lo que, el cónyuge del progenitor provisto de autoridad familiar, al estar privado de la gestión de los bienes del menor *ex* art. 88.3.º CDFA, puede representarlo en todo salvo en los actos relacionados con la administración de los bienes del menor y los derechos de la personalidad.

Lo cierto es que la representación y, sobre todo, la administración de los bienes del menor, son, de entre todas las funciones, facultades o deberes que se puedan tener para con el hijo del progenitor, las que más se reservan a los titulares de las funciones parentales y tutelares en los distintos ordenamientos jurídicos en general. De este modo ocurre también, por ejemplo, en el derecho catalán (cfr. arts. 236-8 y 236-21 CCCat. -administración de los bienes- y 236-18 CCCat. -representación legal-)[812].

[812] Sin embargo, un sector de la doctrina ha resaltado el hecho de que los tribunales ya se enfrentan a la necesidad de acondicionar el derecho a los nuevos problemas que se le presentan a propósito de los actuales modelos de familia - VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal", *op. cit*,, p. 213-. Estos autores evocan a este respecto la STSJ Cataluña 45/2014 (Sec. 1.ª), de 7 de julio de 2014, Roj: STSJ CAT 7770/2014, y comentan que de ella se extrae el sentir del Tribunal sobre la dificultad de ajustar los nuevos modelos familiares a los moldes existentes, pensados para la familia nuclear. En este supuesto, el TSJ Cataluña aborda el problema del necesario consentimiento de las dos líneas parentales para proceder a la venta de un inmueble de un menor de edad (art. 153.2.b) del antiguo CF en la forma prevista en el art. 138.2 CF, como forma de sustituir la autorización judicial de la venta) - El artículo 153.2 CF establecía que "La autorización judicial puede ser sustituida por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública: a) Del hijo o la hija, si tiene al menos dieciséis años. b) De los dos parientes más próximos del hijo o hija, en la forma prevista en el artículo 138.2". Por su parte, el artículo 138.2 CF disponía que "Por acuerdo del padre y de la madre, formalizado en documento público, la intervención judicial puede ser sustituida por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el artículo 149 del Código de sucesiones, formalizado también en documento público. A los efectos, los hermanos del hijo no pueden intervenir como parientes más próximos de éste. Si estos parientes no llegasen a acuerdo, puede instarse la intervención judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1"-, cuando el menor en cuestión forma parte de una familia monoparental. Señala que el Libro Segundo del CCCat. tampoco ha resuelto este extremo, puesto que su artículo 236-30 (Libro Segundo) tiene el mismo contenido que el antiguo 153.2.b) CF. Solventa el asunto de modo que, cuando sólo haya una línea parental (familias monoparentales) o no queden parientes de una de las líneas parentales, se debe integrar la laguna legal: los dos parientes más próximos del menor que deben prestar su consentimiento (en este caso, a la venta del inmueble) serán parientes pertenecientes a la misma línea, esto es, a la única existente.

Del derecho alemán sólo se puede reseñar, en esta materia, que se le aplica también lo establecido en la primera oración de la § 1629 (2), con las modificaciones necesarias (cfr. § 1687b *in fine* BGB). De este modo, el cónyuge del progenitor guardador queda excluido de la representación del menor en los mismos casos en que lo están los progenitores y el tutor (cfr. § 1795 BGB).

Sin embargo, el derecho neerlandés ha ido más lejos, ya que se debe recordar que extiende todo el régimen de la autoridad parental de los progenitores al cónyuge de uno de ellos que se halle ejerciéndola conjuntamente según las disposiciones del BW, a salvo que un precepto específico establezca lo contrario (cfr. 1:245 §5 BW). En este sentido, se determina que esa autoridad comprende a la persona del menor, la administración de sus bienes y su representación para la realización de actos en el ámbito del derecho civil, dentro y fuera de los tribunales (cfr. art. 1:245 §4). Los artículos 1:253i, j, k, l y m BW constituyen el régimen jurídico de la administración de los bienes y representación del menor por los progenitores. Se extiende también la regulación del derecho de administración del tutor a estos supuestos, de la forma en que prevén los artículos 1:342 §2, 1:344 a 1:357 y 1:370 BW (cfr. art. 1:253k BW). Todos los artículos anteriores se aplican, sin duda, al cónyuge del progenitor o pareja registrada, porque el artículo 1:253v §1 BW lo establece expresamente, con una excepción (cfr. art. 1:253v §2 BW): el artículo 1:253i se aplica, salvo que el progenitor al que se confía la autoridad sobre el menor no tenga el derecho de administración de los bienes de éste a causa de lo dispuesto en las letras a) o c) del artículo 1:253i §4 BW -esto es, que en la resolución judicial que otorga la autoridad parental a uno de los progenitores, se haya dispuesto, sin embargo, que la función de administración de los bienes del hijo la conserve el otro progenitor, o que se trate de bienes donados o legados al menor para los que el donante o testador haya dispuesto otro administrador-.

En segundo y último lugar, es interesante plantear en el presente subapartado una hipotética obligación del cónyuge del progenitor de responder por los daños causados por el hijo de su cónyuge.

Hay que referirse, necesariamente, a la obligación del progenitor/tutor de responder por los daños causados por su hijo/tutelado. Se establece la responsabilidad de los progenitores por los daños ocasionados por los hijos cuya guarda ejerzan (cfr. art. 1903 CC, párr. 2.º). Sin embargo, se determina la posibilidad de probar que se actuó con la diligencia de un buen padre de familia y, con ello, cesar en su responsabilidad (cfr. párr. 7.º).

Como es sabido, el criterio de imputación de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1903 CC es la culpa, régimen general vigente en el Código Civil[813], pero el TS ha tendido a objetivizarla cada vez más, de modo que, en ocasiones, la culpa se presume *iuris tantum* y el demandado puede probar su diligencia, con lo que se invierte la carga de la prueba de la culpa, lo que no deja de ser un régimen basado en la culpa o negligencia[814].

Este supuesto ya ha sido analizado por un sector de la doctrina, no para la figura del cónyuge del progenitor en concreto, pero sí para la de los "allegados", categoría en la que se engloba a aquél en lo que atañe al derecho a relacionarse con el menor. En opinión de este sector doctrinal, la jurisprudencia sentada por TS es muy reveladora, puesto que la misma interpreta los términos "bajo su guarda" del artículo 1903 CC de manera extensiva y estima que un padre visitador podría por los daños causados por su hijo durante el período de visitas, solución que el autor estima aplicable asimismo cualquier otro visitador, siempre que de las circunstancias se deduzca una verdadera "guarda"[815].

---

[813] STS n.º 469/1985, de 10 de julio [ROJ: STS 479/1985] y sentencias que en ella se citan.

[814] En este sentido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de* Madrid, nº 4, 2000, p. 164. Resulta interesante citar reciente doctrina del Tribuanl Supremo que determina que, incluso cuando ha quedado probada la conducta culpable del responsable, se debe evitar hacerlo, asimismo, responsable de "todas las consecuencias de las que su conducta sea causa (imputación objetiva en sentido propio)" y, de ese modo, tener en cuenta la concurrencia de culpas a la hora de graduar el resarcimiento del daño -así, STS 650/2005 (Sec. 1.ª), de 6 de septiembre de 2005, Roj: STS 5216/2005, FD 2.º-. Aplica, asimismo, esta doctrina, la STS 49/2010 (Sec. 1.ª), de 23 de febrero de 2010, Roj: STS 782/2010, FD 4.º. En este caso, se trata de un menor de once años que resultó lesionado a causa del mal uso -por sí mismo- de unos petardos durante las fiestas del pueblo. El menor había adquirido dichos petardos a través de un amigo, al que se los había comprado su padre, ya que los menores no podían adquirirlos por sí mismos. Los progenitores del menor lesionado demandaron al padre del otro menor, y quedó demostrada su culpa como nexo causal del hecho dañoso, si bien como razonó el juez de primera instancia y fue confirmado, asimismo, por el Tribunal Supremo, debe valorarse también la responsabilidad de los progenitores del menor dañado por su culpa *in vigilando* como titulares de la patria potestad y la culpa del propio menor, que, conociendo el uso de la "carretilla", hizo un uso imprudente de ella. Debe hacerse notar la importancia de estas sentencias, ya que tienen en cuenta la responsabilidad del propio menor, lo que es un indicador de la evolución de cómo el menor es visto por el derecho. Al igual que se le reconoce cierta autonomía, que va aumentando conforme cumple años, para la realización de actos que le benefician, también se le hace responsable de ciertos actos que, por su edad y madurez pueda entender, aunque le "perjudiquen", pues, en realidad, también se hace en beneficio del menor, ya que a lo largo de su infancia y juventud debe aprender sobre las consecuencias de sus actos.

[815] RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 213-214, en relación a la STS 563/1990 (Sec. 1.ª), de 11 de octubre de 1990, Roj: STS 10825/1990. El TS sigue la tesis objetivista, por la cual los progenitores responden de los daños ocasionados por los hijos que se hallen "bajo su guarda" (art. 1903. 2.º CC) siempre, sin poder eludirlo mediante la presentación de

Esta posición doctrinal puede ser, sin duda, puesta en entredicho[816]. Otros autores, sin embargo, se muestran a favor de que el cónyuge del progenitor responda por los daños causados por el hijo no común menor de edad que conviva en el hogar familiar[817]. En cualquier caso, si se quisiera que fuese así, lo más conveniente sería modificar el texto de la ley. No obstante, se trata de una cuestión muy compleja sobre la que se ha opinado mucho y que escapa al propósito de esta tesis doctoral, ya que aquí sólo se expone el problema por su conexión con la guarda, pero cuya profundización supondría salir del ámbito del derecho de familia y adentrarse en el complicado mundo de la responsabilidad civil.

Sobre si procede o no establecer la obligación del cónyuge no progenitor de responder civilmente por los daños ocasionados por los hijos de su consorte en otros

---

prueba en contrario; pero el TS realiza, en aquella sentencia, una interpretación extensiva de lo que se considera "bajo su guarda", por lo que el autor estima que si puede extenderse al progenitor visitador que, en ese momento, tiene efectivamente bajo su guarda al menor, también podría extenderse a otros parientes y allegados siempre bajo las mismas circunstancias, es decir, nunca respondería de los daños causados por el menor si realmente no puede hablarse de una guarda real. Piénsese en una persona que sólo tiene reconocido ver al menor y comunicarse con él si está presente su guardador u otra persona. Por tanto, según esta postura, el allegado visitador sólo respondería en virtud del criterio de culpa *in vigilando* cuando el allegado tuviese labores de guarda, pero incluso se podría librar de ello si demuestra que los daños fueron consecuencia de una conducta evidentemente derivada de la educación y formación que recibe el menor de quien ostenta la guarda jurídica -culpa *in educando*-, y no de su culpa en el cuidado del menor. La STS 563/1990, de 11 de octubre de 1990, citada, indica expresamente que: "no se puede ignorar el carácter flexible del concepto "bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues en el presente, dada la edad del menor, 17 años, se la autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna. Y la sentencia recurrida ha declarado hecho probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo custodia del padre. Este hecho, al no haberse impugnado, ha de mantenerse en casación y comporta la desestimación del motivo y del recurso" -FD 4.º-.

[816] Primero por lo que señalan los propios S. DÍAZ y F. RIVERO, esto es, el hecho de que el TS sigue la tesis de la responsabilidad objetiva y prácticamente no permite que los progenitores que ostentan la guarda dejen de responder por este título -SSTS 487/1993 (Sec. 1.ª), de 20 de mayo de 1993, Roj: STS 17556/1993, FD 2.º, 5.º y 6.º y 524/1993 (Sec. 1.ª), de 20 de mayo de 1993, Roj: STS 3189/1993, FD 2.º, 5.º y 6.º -*vid*. DÍAZ ALABART, S., "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *Anuario de derecho civil*, vol. 40, n.º 3, 1987, p. 823-; segundo, porque se podría apelar a que el artículo 1903.2.º CC, no sólo requiere que el menor se encuentre "bajo su guarda" -que, en STS 11 octubre 1990, fijó la Sala que podía ser de hecho y no jurídica-, sino que también precisa que el guardador sea progenitor, circunstancia que no concurre en otros parientes y allegados -sobre ambas cuestiones, RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 212-214-, y que, tal vez, sea un poco excesivo extender.

[817] Así, DÍAZ ALABART, S. "El pseudo «estatus familiae»… *op. cit.*, p. 848. La justificación se halla, al igual que opina en relación para el guardador de hecho, en las funciones de guarda desempeñadas y en atender al espíritu de la norma, y no tanto a la literalidad -que se refiera a los progenitores-. A favor de esta postura se muestra TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, p. 183.

casos, dependerá de si se le asignan funciones tutelares propias o si se le de delegan las del progenitor. En el primer caso sí, pero en el segundo no. Quizás también sería posible la asunción de esta responsabilidad por medio de un acuerdo o su previsión legal con algunos límites, si bien esto parece bastante arriesgado y no es una cuestión que corresponda tratar en este momento.

2. EL SOSTENIMIENTO DEL HIJO NO COMÚN

Antes de comenzar el relato, se deben realizar dos aclaraciones. En primer lugar, debe puntualizarse que, de tratarse del deber de manutención que tiene su origen en la función parental -y no del deber de alimentos entre parientes-, el deber estaría dentro de la esfera personal de la relación parentofilial. No obstante, se ha decidido su tratamiento en sede patrimonial por su claro contenido -casi siempre- económico o material, además de que puede que en algunos casos deba hablarse de alimentos propiamente dichos.

En el sistema del Código Civil, en principio, el hijo no común sólo tiene derecho a ser mantenido por sus progenitores, por lo que, en puridad, no se trata de un deber propio del cónyuge del progenitor. Por tanto, es necesario plantearse la actual naturaleza jurídica de las estipulaciones al respecto del Código civil y si podría o debería constituir un deber.

El Código Civil garantiza la alimentación y educación de los hijos no comunes, vigente el matrimonio, a través de una doble vía: mediante la contribución a las cargas del matrimonio y a través del sostenimiento con carga a la sociedad de gananciales, de existir ésta. A continuación, con uso de esa clasificación, se analizan la naturaleza jurídica y requisitos de cada una de estas vías de sostenimiento, así como la posibilidad de unos alimentos pactados.

2.1. La contribución del cónyuge del progenitor al levantamiento de las cargas del matrimonio

En todos los matrimonios, con independencia del régimen económico elegido, los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del

matrimonio (cfr. 1318, párr. 1.º CC)[818], y el "deber de contribuir" al levantamiento de esas cargas tiene referencia expresa (cfr. 1318, párr. 2.º CC). En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha sostenido que se podría identificar tanto un "aspecto externo" como uno "interno", es decir, que se trataría tanto de una responsabilidad de patrimonios frente a terceros como de un deber entre los cónyuges[819].

Parece que pueden considerarse cargas del matrimonio el sostenimiento y la educación de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges, sobre todo como justa contrapartida a la obligación de los hijos de la familia de contribuir a las cargas de la misma mientras vivan en el hogar familiar, recogida en el artículo 155.2.º CC y que también opera con independencia del régimen económico matrimonial bajo el que esté casado su progenitor.

No obstante, la referencia del artículo 1318 CC a "los bienes de los cónyuges" debe matizarse con ayuda del artículo siguiente (1319 CC):

---

[818] El artículo 1438 CC lo vuelve a repetir para el régimen de separación de bienes. Como en este caso no hay masa común, los cónyuges responderán en proporción a sus recursos económicos si no se ha pactado otra cosa -pacto que no tiene por qué hacerse a propósito de unas capitulaciones matrimoniales (DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 215)-. El trabajo en el hogar computa como contribución a las cargas -art- 1438 CC-. Lo mismo debe aplicarse al régimen de participación en las ganancias, pues tampoco existe masa común y, al no haber sido dispuesta una regla específica, se le aplican las previstas para el régimen de separación -art. 1413 CC-. Se ha sostenido, su aplicación, en general, a todos los regímenes matrimoniales por DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 216.

Lo estipulado en el artículo 1438 CC para el régimen de separación de bienes se puede extender, asimismo, a los demás regímenes, por tratarse del deber del artículo 1318 CC, que tiene carácter general, de modo que son válidos los pactos entre los cónyuges para regular en qué medida y forma hace frente cada uno de ellos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Sin embargo, son nulos aquellos acuerdos para exonerar a un cónyuge del deber de contribuir a dichas cargas -en este sentido, QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", *op. cit.*, pp. 694-.

[819] Así, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 133. Otros autores ponen este deber en relación con el de los artículos 67 y 68 CC. Así, el artículo 1318 CC, que se aplica a todos los regímenes económico-matrimoniales, traslada el principio contributivo que ya aparece previamente en sede de deberes y derechos conyugales en los artículos 67 y 68 CC -DE LOS MOZOS Y HERRERO, J.L. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 1, Artículos 1315 a 1343 del Código Civil*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, EDERSA, pp. 101-102- y, mientras que el deber del artículo 1318 CC se limita al sostenimiento económico de la familia, los artículos 67 y 68 CC entrañan un fondo más amplio, un deber más genérico, cuyo contenido puede desplegar sus efectos más allá, donde el específico deber del artículo 1318 no tiene eficacia. *Vid*. QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", *op. cit.*, pp. 692. *Vid*. también GETE ALONSO, « Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia », Tecnos, t. 1, Barcelona, 1984, p. 340-.

i. En primer lugar, de las deudas que cualquiera de los cónyuges contraiga en el desempeño de las actuaciones para la atención de las necesidades ordinarias de la familia que le hayan sido confiadas, responderán solidariamente los bienes comunes y los privativos de ese cónyuge[820]. El desempeño de tales actuaciones se rige por los usos del lugar y las circunstancias de la familia (cfr. art. 1319, párr. 1.º y 2.º CC).

ii. Subsidiariamente, los bienes privativos del otro cónyuge responden de las deudas anteriores (cfr. art. 1319, párr. 2.º CC). Significa que para que el acreedor pueda dirigirse contra este patrimonio, tendrá que demostrar la insolvencia de los anteriores[821]. De conformidad con esta regla, se determina, para el régimen de separación de bienes, que las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica serán responsabilidad de ambos de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1319 y 1438 CC (cfr. art. 1440 CC).

Se establece, como disposición común a todos los regímenes, que el cónyuge que hubiere aportado caudales propios para costear las necesidades ordinarias de la familia, tendrá derecho al reintegro según las reglas de su régimen matrimonial (cfr. art. 1319, párr. 3.º). Se deben aclarar algunas cuestiones referentes al reintegro de los gastos:

i. Se establece, para los cónyuges que han elegido el régimen de gananciales, que, si uno de ellos sufraga con bienes privativos deudas de cargo de la sociedad, se le reintegrará de lo que hubiere en la masa común (cfr. art. 1364 CC). En el mismo sentido, se incluye, entre las partidas que constituyen el pasivo de la sociedad de gananciales, "El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que

[820] Un sector de la doctrina ha identificado, y en mi opinión de manera acertada, estos actos dirigidos a atender las necesidades ordinarias de la familia con los actos dedicados al levantamiento de las cargas del matrimonio y, a su vez, estas cargas con los gastos realizados para el sostenimiento de la familia a que se refiere el artículo 1362 CC, en los que incluye sólo a los cónyuges y sus hijos -comunes y no comunes- y excluye a otros parientes. Así, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 135; en sentido parecido, GIMÉNEZ DUART, T. "Cargas y obligaciones del matrimonio", *Revista de derecho privado*, año n.º 66, mes 1, 1982, pp. 545.

[821] DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 136.

constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad" (cfr. art. 1398, 3.ª partida)[822].

ii. En cuanto al régimen de participación en las ganancias[823], se dispone que cuando un cónyuge tenga créditos frente al otro -cualesquiera, aunque menciona expresamente los derivados del pago de obligaciones propias del cónyuge deudor-, esos créditos serán computables en el patrimonio final del cónyuge acreedor y deducibles del propio del cónyuge deudor (cfr. art. 1426). A este régimen se le aplican las reglas de la separación de bienes para todo lo no regulado en el capítulo V (cfr. art. 1413 CC).

iii. Finalmente, en el supuesto de separación de bienes, al cónyuge que hubiera administrado o gestionado bienes o intereses del otro cónyuge se le considera como un mandatario, pero sin obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos cuando hayan sido empleados para atender al levantamiento de las cargas del matrimonio (cfr. art. 1439 CC).

Los tribunales han resuelto que no cabe abono de una pensión en concepto de gastos de alimentación y educación de los hijos no comunes, en cuanto que se ha argumentado que entre la menor y el cónyuge de la madre no existe ningún parentesco[824].

---

[822] De este modo, una vez liquidadas las deudas y cargas de la sociedad ganancial, se procederá al abono de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge. Se utilizará el caudal inventariado hasta donde alcance, y si el cónyuge acreedor es también deudor de la sociedad, se efectuará la correspondiente compensación -art- 1403 CC-. Este precepto parece ser otro indicio de que las responsabilidades de los gananciales del artículo 1362.1.2.º CC, con y sin derecho a reintegro, deben ser pagadas por la sociedad ganancial, ya que el artículo 1405 CC dispone otra regla para el caso de que un cónyuge sea acreedor personal del otro.

[823] En relación a este régimen, establece una regla el Código Civil que afecta a las familias reconstituidas, por lo que merece la pena mencionarla, sólo por encima, ya que no pertenece al relato principal: en este régimen económico matrimonial, si el patrimonio final arroja un saldo positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya sufrido menor incremento recibe la mitad de la diferencia entre la ganancia de su cónyuge y la suya; si no ha experimentado incremento alguno, recibe la mitad de la ganancia del cónyuge -reglas de los arts. 1427 y 1428 CC-. No obstante, se permiten los pactos para fijar una participación distinta de la mitad, "pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges" -art. 1429 CC-. Ahora bien, cuando existan descendientes no comunes -debe entenderse esta referencia como hecha a los hijos no comunes-, estos pactos no serán válidos.

[824] SAP Lleida 374/2016 (Sec. 2ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP L 765/2016, en su FD 4º. De ese modo, la Audiencia Provincial recoge el planteamiento en relación a una petición de pensión compensatoria basada, principalmente, en el interés superior de la niña que la solicitante tiene a cargo cuando ésta no es hija del demandado y en la presunta obligación de éste, como familia por

Otras legislaciones contemplan el sostenimiento de los hijos no comunes, bien de forma expresa, bien de forma implícita. Algunas de ellas lo configuran como un deber conyugal de contribución a las cargas de la familia, como hace el Código Civil. Es el caso del derecho catalán, el alemán, el italiano, el suizo y, en parte, el derecho francés.

En cuanto a la regulación de esta materia en derecho catalán, también se hace referencia a los hijos no comunes (cfr. art. 231-5, apdo. 2.º CCCat.), que incluye los alimentos que se le deban prestar a éstos entre los gastos de la familia -en la línea del art. 1362.1.2.º CC y cuyo contenido se delimita en el art. 237-1.º CCCat.-[825], siempre que los necesiten. Asimismo, al igual que en el caso del Código Civil, requiere como

---

afinidad de la niña, a colaborar en los gastos de, al menos, su educación básica. Sin embargo, la Sala recuerda que entre la menor y el cónyuge de la madre no existe ningún parentesco, "ni siquiera por afinidad, por mucho que forme parte de la familia reconstituida y que entre ellos hayan podido surgir importantes vínculos afectivos (…) pero sin que por ello hayan de surgir las obligaciones alimenticias (en sentido amplio)". La Sala invoca, asimismo, que la menor tiene un padre reconocido al que, en todo caso, tendrían que reclamarse los referidos alimentos. También, a pesar de su exigüidad, es posible hallar alguna sentencia en España recaída en un proceso instado por el cónyuge o pareja del progenitor. Así, la SAP Melilla (Sec. 7ª) nº 71/2016, de 29 de diciembre, Roj: SAP ML 212/2016. La Audiencia Provincial conoce de un supuesto de hecho en que un hombre que había sido conviviente de hecho de la madre de la menor implicada, solicita que le sea impuesto el pago de una pensión de alimentos en favor de ésta, en razón de 250 euros mensuales, con base en su condición de "allegado" del artículo 160.2.º CC. Sin embargo, la Sala no lo aprecia así, por no tener ningún vínculo de parentesco, no ser reconocido como padre por la niña y haber convivido con ella durante un breve período de tiempo.

[825] Así, son parte de las cargas familiares o "despeses familiars". Expresamente, disponen estos preceptos:

"231-5. Gastos familiares.

1. Son gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, especialmente los siguientes:

a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio, de acuerdo con la definición que de ellos hace el presente código.

b) Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas o demás bienes de uso de la familia.

c) Las atenciones de previsión, las médicas y las sanitarias.

2. Son gastos familiares los alimentos a que se refiere el artículo 237-1 de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges, y los gastos originados por los demás parientes que convivan con ellos, salvo, en ambos casos, que no lo necesiten.

3. No son gastos familiares los derivados de la gestión y defensa de los bienes privativos, salvo los que tienen conexión directa con el mantenimiento familiar. Tampoco son gastos familiares los que responden al interés exclusivo de uno de los cónyuges".

"237-1. Contenido.

Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma".

condición la convivencia en el hogar familiar. Por otra parte, se establece la regla de la responsabilidad por gastos familiares para todo matrimonio, con independencia del régimen económico elegido, y que implica que los cónyuges responden solidariamente ante terceros por las deudas contraídas a tales fines, pero por nada más (cfr. art. 231-8 CCCat.)[826]. Estos gastos no son reclamables en virtud de los artículos 231-5 y 231-6 CCCat.[827]. Así lo ha declarado la AP Barcelona[828].

Ahora bien, este deber de alimentar a los hijos del cónyuge que convivan con el matrimonio sólo encuentra causa en ese matrimonio y en esa convivencia, por lo que la obligación cesa tanto en el momento en que los hijos no comunes dejan de vivir en la vivienda familiar como en el caso de disolución del vínculo conyugal.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[829], que no considera que se deban alimentos después de roto el matrimonio. Además, recuerda que "de la simple convivencia matrimonial no puede surgir ningún vínculo parental… con los hijos y parientes del otro cónyuge que justifique la obligación de prestar alimentos después de la ruptura matrimonial" (FD 2º). Del mismo modo ha procedido alguna Audiencia Provincial[830].

Se observa, como también señala la Sala del TSJ en la anterior jurisprudencia, que, si bien la compilación catalana tiene en cuenta el fenómeno de la recomposición familiar, no ha establecido una regulación igualitaria para los hijos comunes y los no

---

[826] Dispone en concreto la norma:

"Artículo 231-8. Responsabilidad por gastos familiares.

Ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia. En caso de otras obligaciones, responde el cónyuge que las contrae".

[827] El artículo 231-5 CCCat. ha sido estudiado *ut supra* y del artículo 231-6 interesa aquí su primer apartado, que dispone:

"1. Los cónyuges deben contribuir a los gastos familiares, de la forma que pacten, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. La aportación al trabajo doméstico es una forma de contribución a los gastos familiares. Si existen bienes especialmente afectos a los gastos familiares, sus frutos y rentas deben aplicarse preferentemente a pagarlos".

[828] SAP Barcelona 632/2012 (Sec. 11.ª), de 19 de diciembre de 2012, Roj: SAP B 15025/2012.

[829] STSJ Cataluña 6/2006 (Sec. 1ª), de 23 de febrero de 2006, Roj: STSJ CAT 1628/2006. Si bien el pronunciamiento tiene lugar durante la vigencia del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio, BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998, pp. 28310 a 28344), la doctrina es igualmente válida.

[830] la SAP Tarragona 318/2003 (Sec, 1.ª), de 21 de julio de 2003, Roj: SAP T 1142/2003, FD 1º.

comunes, y así se deduce de haber previsto la obligación en apartados distintos (hoy art. 231.5, apdos. 1.º y 2.º CCCat.) y de exigir más requisitos a los últimos -la conyugalidad, la convivencia y la necesidad-.

También, otros tribunales inferiores[831], recuerdan que los gastos para el mantenimiento de la familia a los que se refiere el artículo 231-5 CCCat. no suponen una obligación "en sede de efectos de la nulidad, separación y divorcio", pues opera para hijos comunes y no comunes mientras está vigente el matrimonio, pero una vez disuelto sólo para los hijos comunes.

En cuanto a la naturaleza de esta obligación, se ha entendido que no es un deber de alimentos propiamente dicho, sino un deber de contribución a los gastos originados por la convivencia en el hogar familiar[832].

Un sector de la doctrina catalana ha señalado que la renuncia del cónyuge del progenitor al ejercicio de las facultades que el CCCat. le reconoce en lo referente a la toma de decisiones relativas a la vida del hijo no común, no le exime en ningún caso de su contribución al levantamiento de las cargas de la familia cuando el menor conviva en el hogar familiar[833].

El derecho alemán regula, a propósito de los efectos del matrimonio, la obligación de los cónyuges de mantener adecuadamente a la familia mediante su trabajo y con sus bienes (cfr. § 1360 BGB). El contenido de esta obligación engloba todo lo necesario para cubrir los gastos del hogar y satisfacer las necesidades personales de los cónyuges y las necesidades de vida de los hijos dependientes de la familia, con atención a las circunstancias de los cónyuges (cfr. art. 1360a (1) BGB). Se entiende que, si un cónyuge contribuye más de lo que le compete al mantenimiento de la familia, no pretende exigir el reembolso de lo excedido al otro cónyuge, salvo que de las circunstancias se desprenda claramente lo contrario (cfr. 1360b BGB).

Por otra parte, el *Codice Civile* contempla, entre los derechos y deberes de los cónyuges, el de contribuir a las necesidades de la familia en proporción a sus capacidades materiales y de trabajo profesional o doméstico (cfr. art. 143). En este

[831] En la SAP Lleida 374/2016, de 29 de julio de 2016, FD 4º, citada *ut supra*.

[832] TAMAYO HAYA, S. *El estatuto jurídico de los padrastros… op. cit.*, p. 185.

[833] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*", *op. cit.*, pp. 67-68.

sentido, se contemplan entre los gastos por los que responden los bienes de la comunidad de bienes -régimen económico que rige todo matrimonio en Italia si no se ha elegido otro expresamente (cfr. art. 159), tal y como ocurre en España con el régimen de gananciales-, los gastos para el mantenimiento de la familia y para la instrucción y educación de los hijos[834], y de cada obligación contraída por los cónyuges en interés de la familia, ya sea de forma conjunta o separada (cfr. art. 186, letra c). Los progenitores tienen la obligación de mantener, instruir y educar a todos sus hijos, también a los nacidos fuera del matrimonio (cfr. art. 30, párr. 1.º Const. Italiana) y los cónyuges están obligados a mantener, instruir, educar y asistir moralmente a los hijos. El derecho italiano reconoce dentro del núcleo familiar a los hijos y equiparados (entre los que se incluyen los hijos naturales reconocidos legalmente o declarados judicialmente y los hijos nacidos de un precedente matrimonio), menores de dieciocho años o de cualquier edad, si no pueden ganarse la vida a causa de una enfermedad o defecto físico o psíquico de carácter absoluto y permanente (cfr. art. 2, párr. 6.º de la l. n. 153, de 13 de mayo de 1988 y art. 38 del D.P.R. n. 818, de 26 de abril de 1957). Luego, de la lectura conjunta de todas estas normas, parece que los hijos nacidos de matrimonio anterior o de una relación anterior que consten legalmente como hijos de uno de los cónyuges, deben incluirse en el ámbito de aplicación de los arts. 143 y 186 del *Codice Civile*.

El legislador suizo, a propósito del deber de mantenimiento de los hijos, dispone la obligación a los cónyuges de prestarse una asistencia recíproca adecuada en el cumplimiento de la obligación de mantener a los hijos nacidos antes del matrimonio (cfr. art. 278 ZGB)[835].

Por su parte, el *Code Civil* contiene normas relativas a la relación entre los hijos y el consorte de su progenitor tanto en materia de alimentos entre parientes como en materia de mantenimiento de los hijos, si bien sólo en el primer caso lo hace de forma expresa.

En lo que respecta al mantenimiento de los hijos, se dispone el deber de los cónyuges de asegurar la dirección moral y económica de la familia y de colaborar en

[834] Lo que está relacionado con lo dispuesto en el artículo 147 del *Codice*, que establece el deber conyugal de mantener, instruir, educar y asistir moralmente a los hijos, con respecto a sus capacidades, inclinaciones personales y aspiraciones de acuerdo con el articulo 315 bis. Este último artículo reconoce los derechos del hijo de ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los progenitores, con respecto de sus capacidades, de sus inclinaciones naturales y de sus aspiraciones.

[835] Un sector de la doctrina suiza sostiene que se trata de un deber conyugal, no reivindicable directamente por el hijo no común. Así, BÜCHLER, A. "Family Law in Switzerland: Recent Reforms and Future Issues – an Overwiew", *op. cit.*, p. 293.

la educación de los hijos (cfr. art. 213 CCF). Parece que debieran entenderse dentro todos los hijos de la familia.

En cuanto a los alimentos, se establece la obligación para los "hijastros" e "hijastras" de prestarlos a sus "padrastros" y "madrastras" (cfr. art. 206 CCF) y esta obligación es recíproca (cfr. art. 207.1.º CCF). Fue introducida en la versión original del *Code Civil*, en 1804 y sigue ubicada en el mismo precepto. Las únicas alteraciones que ha sufrido esta obligación, ha sido la eliminación como causa de extinción de la obligación del hijastro o hijastra con respecto a la madrastra -mujer- la contracción de segundas nupcias por ésta. Actualmente, sólo se prevé el cese de la obligación cuando hayan fallecido el progenitor con que el padrastro o madrastra estuviera casado y los hijos comunes de esa unión, que también venía contemplado en el texto original (cfr. art. 206 CCF) -esto es, cuando deje de existir un vínculo entre hijastro y padrastro-, y es posible que el juez libere de su deuda en todo o en parte a quien corresponda por el incumplimiento grave de las obligaciones que el acreedor tenga para con el deudor (cfr. art. 207.2.º CCF).

Por otro lado, el derecho neerlandés impone la obligación de alimentos al cónyuge o pareja de su progenitor. En efecto, se impone a la persona que ejerce la custodia compartida del menor junto con uno de sus progenitores el sostenimiento del hijo de su cónyuge o pareja hasta que el niño alcance la edad de veinte años si la custodia compartida acabó por causa de su mayoría de edad (cfr. art. 1:253w BW). Si, por el contrario, la custodia compartida tuvo fin por sentencia o por el fallecimiento del progenitor, la obligación de alimentos persiste durante el tiempo que tuvo la custodia compartida. En cualquier caso, alcanzados los veintiún años, se extingue la obligación de alimentos.

No obstante, la obligación del padrastro no acaba ahí. Se dispone el deber de manutención -que es una especie de deber de alimentos entre parientes- del padrastro a los hijos no comunes (cfr. art. 1:392 BW, apdo. 1), salvo que éstos puedan ser alimentados por un cónyuge o excónyuge, pareja o expareja (cfr. apdo. 3). Sin embargo, al contrario que sucede con la obligación concerniente a los hijos, suegros y yernos, para que los progenitores y padrastros se hallen obligados a prestar sostenimiento, no se requiere que sus hijos e hijastros se encuentren en situación de necesidad (cfr. apdo. 2)[836].

[836] Sin embargo, de este deber de "alimentos" del padrastro hacia al hijastro, debe destacarse que: a) no es recíproco; este deber se tiene sólo vigente el matrimonio o pareja registrada que generó el vínculo y sólo si esos hijos no comunes son, realmente, un miembro de su familia -art. 1:395 BW-. No obstante, el art. 1:395a BW, tras regular la obligación de los progenitores de pagar los gastos de

Por tanto, se observa que en el derecho francés el sostenimiento de los hijos no comunes se configura como un deber conyugal de mantener a los hijos y como un deber de alimentos entre parientes, mientras que en el derecho neerlandés se estructura como un deber de mantenimiento ligado a la autoridad parental y como un deber de alimentos entre parientes.

El derecho de Inglaterra y Gales también contempla formas de satisfacción de los gastos para el mantenimiento de los hijos de la familia en la *Matrimonial Causes Act 1973*[837], para los casos de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (cfr. arts. 21, 23, 24, 25 de la ley). Es posible realizar, asimismo, acuerdos de mantenimiento, que se rigen por los artículos 34 a 35 de esta ley. El juez también está autorizado para decretar ordenes (*financial support orders for children*) contra un padre del menor en virtud del Anexo 1 del *Children Act* 1989. Un sector doctrinal afirma que con *parent*, la ley se refiere a cualquiera de los cónyuges -ha de tratarse de un matrimonio, aunque puede haberse acabado ya- en relación con un menor al que haya tratado como un hijo de la familia[838]. Estas órdenes pueden versar sobre pagos periódicos -una pensión-, un capital global o transferencia de bienes -parágrafo (2) del Anexo 1-.

En los Estados Unidos de América, si el *stepparent* acepta la responsabilidad de mantener a los hijos de su cónyuge, el progenitor puede reclamar el pago de esta obligación tras el divorcio[839]. Si bien se pronuncian a favor del establecimiento de esta obligación, algunos autores indican que su implantación puede desalentar a que

---

manutención y educación de sus hijos mayores de edad hasta los veintiún años, establece que, vigente el matrimonio o la pareja registrada, el cónyuge o pareja del progenitor viene obligado, también, a sufragar esos gastos.

En los siguientes artículos -hasta art. 1:408 BW- se regula el deber, si bien baste aquí referir que los hijos e hijastros menores de veintiún años tienen prioridad, en caso de concurrencia de acreedores de alimentos, sobre los demás, incluidos el cónyuge o pareja registrada. De no haberlos, el cónyuge o pareja y los hijos e hijastros mayores de veintiún años se prefieren a los suegros y yernos (art. 1:400, ap. 1). Cualquier acuerdo sobre renuncia al derecho de mantenimiento legal es nulo y no surte efectos (art. 1:400, ap. 2).

[837] Consultado en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18 el 26/07/2020.

[838] En este sentido, JAGO, R. *Family Law*, *op. cit.*, p. 111; también, CRETNEY, S.M. "Les familles recomposées en droit anglais", en MEULDERS-KLEIN, M.T., THERY, J. *Quels repères pour les familles recomposées ?*, *op. cit.*, p. 148.

[839] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, p. 146.

las personas se casen de nuevo, al menos con alguien que ya tenga hijos[840]. Otros autores afirman que la doctrina de *in loco parentis* se aplica, sobre todo, en materia de manutención[841].

En cuanto a la duración de la obligación tras el divorcio, algunos autores han recomendado establecer la regla de un año por cada dos de convivencia[842]. Un sector de la doctrina ha sugerido que se establezca la obligación, para la pareja no casada del progenitor, de mantener al menor si han estado conviviendo durante al menos dos años. Éste y los progenitores del menor deben ser responsables solidarios del pago de esta deuda[843].

En mi opinión, el sostenimiento de los hijos del cónyuge no tiene naturaleza de un auténtico deber de alimentos en el derecho común español, sino que se configura, en este contexto, como un deber conyugal de contribuir a las cargas del matrimonio. El artículo 1318 CC establece la obligación para todos los regímenes económicos del matrimonio y el 1438 CC lo señala expresamente para el régimen de separación de bienes. A mi juicio, debería incluirse en el artículo 1318 CC la mención expresa al sostenimiento de los hijos no comunes entre las cargas del matrimonio, siempre que estos residan con los cónyuges y sin requisito de edad. Tal vez, incluso sería conveniente añadir entre los derechos y deberes de los cónyuges el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, puesto que es un deber, pero sólo viene dispuesto en el Código Civil como una carga del matrimonio a propósito de los regímenes económico-matrimoniales. Por otra parte, no parece adecuado crear una obligación de alimentos entre parientes por afinidad como existe en derecho francés,

---

[840] LEVY, R.J. "Rights and Responsibilities for Extended Family Members?", *Family Law Quarterly*, vol. 27, nº 2, 1993, p. 210.

[841] La ley reconoce, en principio, que sólo los progenitores tienen el deber de mantener al hijo. En consecuencia, con la doctrina de *in loco parentis* se reconoce una responsabilidad accesoria y voluntaria con respecto a la de los progenitores, es decir, que los progenitores siguen obligados. El *quid* de la cuestión radica en que, si el cónyuge del progenitor contrae obligaciones con terceros para hacer frente a esa manutención, éstos pueden reclamarle el pago. La responsabilidad del padrastro acaba con el divorcio de la pareja. Vid. MAHONEY, M.M. "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *op. cit.*, pp. 100-101.

[842] CHAMBERS, D.L. "Stepparents, Biologic Parents, and the Law's Perception of "Family" After Divorce", en University of Michigan Law School Scholarship Repository, Faculty Scholarship, Book Chapters, 1990, p. 128. Consultado en https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=book_chapters el 26/07/2020.

[843] BOWMAN, C.G. "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *op. cit.*, pp. 127 y 149-151.

ni establecer una obligación de manutención de los hijos del cónyuge para el cónyuge del progenitor como hace el legislador neerlandés o los derechos del sistema anglosajón en algunos casos, puesto que ello encuentra fundamento estos ordenamientos jurídicos, pero no así en el derecho español.

2.2. El sostenimiento del hijo no común con carga a la sociedad ganancial

Por un lado, y sólo para el régimen económico matrimonial de gananciales, el Código Civil establece dos tipos de "deuda" de la masa común en relación a los gastos de alimentación y educación de los hijos no comunes[844]:

a. Deber de hacerse cargo del pago sin derecho a reintegro en el momento de la liquidación: cuando los hijos no comunes convivan en el hogar familiar (cfr. art. 1362.1.2.º *in primis* CC).
b. Deber de hacerse cargo del pago con derecho a reintegro en el momento de la liquidación: cuando los hijos no comunes residan fuera del hogar familiar (cfr. art. 1362.1.2.º *in fine* CC).

Se establece la responsabilidad de la masa ganancial por las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para hacer frente a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que están a cargo de la sociedad de gananciales cuando ha habido separación de hecho (cfr. art. 1368 CC).

El acreedor podrá dirigirse contra los bienes privativos del cónyuge deudor o contra la masa ganancial, indistintamente -responsabilidad solidaria del art. 1369 CC.

[844] La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no puede ser "deudora", estrictamente. Ocurre que el Código Civil hace uso de distintos términos en sede de regímenes económicos del matrimonio, similares, pero con distinta significación y carentes de una precisión por la norma -aunque de la lectura de todas ellas se puede deducir-, lo que puede dar lugar a confusión en muchas ocasiones. Por tanto, y antes de continuar, es fundamental precisar el significado de tres términos muy recurrentes: "gastos que son de cargo", "deudas" y "responsabilidad". Es lo mismo decir que unos gastos son "de cargo" que son "deuda", y significa que este tipo de gastos se deben sufragar con los bienes de la sociedad. Por tanto, si se sufragan con el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, éste tendrá un crédito contra la masa ganancial -art. 1364 CC-. Sin embargo, cuando se habla de "responsabilidad" se está haciendo referencia a la responsabilidad frente al acreedor, es decir, sobre qué patrimonio puede éste dirigirse en caso de incumplimiento de la deuda. La distinción radica en que, en ocasiones, el Código hace responsable a un patrimonio, aunque la deuda no forme parte de su pasivo. Todas estas aclaraciones han sido expuestas, por todos, en DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 169.

No se aplica, por tanto, el art. 1373 CC en este caso por tratarse de una deuda común a un cónyuge y a la sociedad ganancial, y no únicamente del primero-.

En resumen, las deudas anteriores han sido catalogadas dentro del pasivo ganancial y son éstos los bienes con los que deben satisfacerse. Si se sufragan con los bienes privativos de los cónyuges, incluso del que contrajo la deuda, éste tendrá un crédito contra la sociedad -derecho a reintegro- (cfr. art. 1364 CC). Eso es lo que quiere decir "a cargo" de la sociedad ganancial. Sin embargo, el Código hace responsables tanto al patrimonio ganancial como al privativo del cónyuge deudor para garantizar el cobro de la deuda por el acreedor.

No se fija ningún límite de edad al sostenimiento de los hijos no comunes. En consecuencia, no parece que se acote la naturaleza de estos gastos, por lo que cabrían tanto los gastos por mantenimiento del hijo sometido a patria potestad - u obligación de alimentar a los hijos *in potestate*[845], que forma parte del contenido de aquella institución (cfr. art. 154 CC)- como los gastos derivados de la obligación legal de alimentos entre parientes en los casos de hijos mayores de edad e hijos menores no sometidos a la patria potestad (cfr. art. 142 CC)[846].

En relación a los progenitores, la primera de estas obligaciones viene reconocida por la Constitución española (cfr. art. 39.3 CE), mientras que la segunda

[845] CLEMENTE MEORO, M. "Lección 12.ª. "Efectos de la sentencia de nulidad, separación y divorcio", en LÓPEZ Y LÓPEZ. A.M., MONTÉS PENADÉS. V.L., ROCA I TRÍAS. E. (Coord.), *Derecho de familia*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 166.

[846] A favor, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 170 -postura que comparto-. En contra, algunos autores han comprendido la sujeción al ejercicio de la patria potestad del progenitor entre los requisitos que se deben dar en el hijo no común para que la sociedad de gananciales a que pertenece aquél quede obligada al pago de su manutención. También ha recordado que el deber de pagar alimentos tiene protección penal, además de civil. ZURITA MARTÍN I., "Madres e hijos: la patria potestad", en CERVILLA GARZÓN M.D., FUENTES RODRÍGUEZ F. (Eds.), *Mujer, familia y derecho*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 77. Recuerda la autora que, entre las consecuencias civiles, su impago puede justificar la desheredación y la indignidad para suceder según los arts. 756.1, 854.2 y 855.3 CC. En apoyo de la primera posición, se debe decir que de ahí que el CC establezca la distinción (entre deuda y responsabilidad) en el hecho de la convivencia, y no con base en la edad de los hijos ni en su sujeción o no a la patria potestad del progenitor casado en régimen de gananciales. El fundamento para que ese sostenimiento sea con cargo a la sociedad de gananciales es que esos hijos forman parte de la familia, en el sentido de que conviven con ella. En otro caso, hay derecho a reintegro porque no forman parte de la familia constituida por el matrimonio. En este caso, se trata de obligaciones legales de uno de los cónyuges respecto a sus familiares más cercanos, y de algún modo tiene que pagarlas, pues los ingresos del trabajo son patrimonio ganancial. Además, si el criterio fuera la sumisión a la patria potestad, no se entendería por qué los gastos de sostenimiento de los hijos sometidos a patria potestad no convivientes no son deuda de la sociedad de gananciales, sino sólo responsabilidad.

sólo se contempla en el Código Civil. La obligación de alimentar a los hijos *in potestate* nace con la patria potestad, mientras que la obligación legal de alimentos entre parientes encuentra su fundamento en la relación de filiación. Para la existencia de la obligación legal de prestarse alimentos entre progenitores e hijos es necesario que la filiación esté legalmente determinada[847]. Una vez determinada ésta, los progenitores vienen obligados a prestar alimentos a los hijos, aunque hayan sido privados de la función parental o nunca la hayan ostentado (cfr. arts. 110 y 111 CC).

En cuanto al contenido, el primer deber comprende la asistencia de todo orden (cfr. art. 39.3 CE), además del sustento, habitación, vestido y asistencia médica, la educación e instrucción y los gastos de embarazo y parto (cfr. art. 142 CC)[848], que son comunes con el segundo. Se dispone que "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por… El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia", y, a continuación, se refiere a la alimentación y educación de los hijos propios de cualquiera de los cónyuges, pero dentro de esos gastos deben entenderse los mismos que para los hijos comunes (cfr. art. 1362.1º CC)[849].

No obstante, debe quedar claro que la obligación del artículo 39 CE atañe únicamente a los progenitores y en ningún caso a sus cónyuges.

En cuanto a la extinción de la obligación entre el progenitor y el hijo, cuando se trate de la propia del artículo 154.1.º CC -obligación de alimentar a los hijos *in potestate*-, sí que nace y muere a la par que la función parental. Sin embargo, si se tratara de los alimentos que se deben a los hijos en virtud del artículo 142 CC, la vigencia de la patria potestad no sería necesaria; sólo el *status filiationis*, por lo que

---

[847] DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, Tomo I). Derecho de Familia.*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 51.

[848] Se trata de los conocidos, tradicionalmente, como alimentos civiles o amplios, que son los que corresponden entre los ascendientes y descendientes y entre los cónyuges, en contraposición con los alimentos naturales o estrictos, que se deben entre hermanos, cuando procedan, y que consisten, simplemente, en lo necesario para la vida y de los que precisen para su educación -arts. 142 y 143 CC-.

[849] En este sentido, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 170. El autor expresa que deben entenderse comprendidos los alimentos en sentido amplio y, además, otros gastos comprendidos en "una razonable gestión de la economía doméstica" como la compra de mobiliario o utillaje. En sentido parecido, DE LOS MOZOS Y HERRERO, J.L. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 2, Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, EDERSA, 1984, pp. 251 y 253, tanto si conviven como si no la extensión debe ser la misma, en atención al principio de igualdad de todos los hijos.

extiende sus efectos hasta la muerte del alimentista o del alimentante (cfr. arts. 150 y 152.1.º CC) o hasta la pérdida de este estatus por haberse impugnado la filiación legalmente determinada o por haberse constituido la adopción. Otras causas, de distinta naturaleza, legalmente determinadas son: la imposibilidad de prestarlos del alimentante sin descuidar las necesidades propias o de su familia, la falta de necesidad del alimentista -incluida la posibilidad de ganarse su sustento- o la necesidad derivada de "la mala conducta o la falta de aplicación al trabajo" del alimentista cuando se trate de un descendiente y, finalmente, la comisión por el alimentista de una falta de las que conllevan desheredación (cfr. art. 152. 2.º a 5.º CC).

En cualquier caso, puesto que la descripción del artículo no aclara la naturaleza jurídica del sostenimiento al que se refiere, ni tampoco los ha limitado a la minoría de edad de los hijos no comunes, parece que el precepto incluye ambas obligaciones. De ese modo, la obligación de alimentar y educar a los hijos no comunes con cargo a la sociedad de gananciales será aquélla que tenga su origen tanto en la patria potestad, como en la obligación legal de alimentos del artículo 142 y ss. CC, esto es, cuando la patria potestad se extinga, por alcanzar el beneficiario la mayoría de edad, o por privarse al obligado a prestarla de la patria potestad o, simplemente, por no haberla ostentado nunca[850]. En este último caso, se exige, además, como se sabe, necesidad en el alimentista y posibilidad del alimentante.

Dentro de la obligación de alimentos *in potestate* debe entenderse la referencia a los hijos que no viven en el hogar familiar como a hijos que viven con el otro progenitor sobre los cuales ambos ostentan la patria potestad. No parece que deba aplicarse este artículo a los hijos a los que se refiere el artículo 319 CC, que viven fuera del hogar familiar con el consentimiento -revocable- de sus progenitores pero que, como ordena este precepto, se consideran a todos los efectos como emancipados mientras los progenitores no se retracten de su decisión.

Dentro de la obligación de alimentos de los artículos 142 y ss. CC, debe entenderse que los hijos que no conviven en el hogar familiar son, a efectos del artículo 1362.1.2.º CC, todos los hijos mayores y menores emancipados, es decir, todos los hijos por el hecho de serlo, sin perjuicio de la obligación de reintegrar de lo adelantado, la parte del cónyuge del progenitor en el momento de liquidar los gananciales, si hay obligación de alimentos reconocida.

[850] Se recuerda, siempre que convivan en el hogar familiar. Si no es así, la sociedad de gananciales es responsable del pago de la obligación, pero con derecho de reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad.

Por otro lado, se debe decir que en este caso sí parece compatible la responsabilidad de la sociedad de gananciales con la concurrencia de una pensión alimenticia abonada por el progenitor no custodio, puesto que el cónyuge progenitor que ostenta la custodia también tiene la obligación de contribuir a los gastos de manutención y formación de los hijos.

Se debe recordar que, como se señala en sede de guarda y cuidado de los hijos no comunes, el artículo 1362.1.2.º CC es la contrapartida económica del artículo 68 CC -de naturaleza personal-. La observancia del interés superior del menor debe quedar garantizada tanto en su vertiente personal como económica. Por su parte, la obligación derivada del artículo 154.1.º CC corresponde sólo a los titulares de la función parental y la regulada en los artículos 142 y ss. CC sólo es entre parientes consanguíneos, y no por afinidad.

Se colige que la obligación de alimentar a los hijos no comunes se mantiene hasta que sea disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales.

El artículo 1362.1.2º CC se aplica sólo cuando hay sociedad ganancial[851], y está justificado porque en el régimen de gananciales, los esposos no sólo comparten las ganancias patrimoniales, sino también los gastos, conforme determinan las reglas del Código Civil. Como se pone de relieve, son característicos de los regímenes comunitarios la existencia de un patrimonio común, al margen de la existencia de posibles patrimonios privativos de cada cónyuge y su destino singular de las necesidades de la familia, y esas son sus consecuencias[852].

Cierto sector doctrinal sostiene que la única justificación del artículo 1362 CC es que guarda la regla de la "ganancialidad pasiva objetiva o intrínseca", es decir, que, en los supuestos que recoge el precepto, los bienes gananciales responden de los

[851] No obstante, se debe mencionar que un sector de la doctrina entiende que la obligación derivada del artículo 1362.1.2.º CC se extiende también al régimen de separación de bienes -1438 CC- y al de participación en las ganancias -1413 CC- (FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de familia, Tomo II, vol. 1, op. cit.*, p. 55).

[852] En este sentido, SOLÉ RESINA, J. "El régimen económico matrimonial", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 207; SOLÉ RESINA, J. "El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales en el Código Civil español", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña, op. cit.*, p. 242; también, DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV). Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., *op. cit.*, p. 188. Señala que el artículo 1362.1.2.º CC coloca estos gastos entre el pasivo ganancial por estar destinados al cumplimiento de las finalidades perseguidas por este régimen económico matrimonial.

gastos que se realicen en interés de la comunidad familiar, sencillamente, sin necesidad de valorar otras circunstancias[853]. Desde esta perspectiva, los gananciales responden siempre de los gastos contraídos para el sostenimiento de los hijos no comunes convivan o no convivan en el hogar familiar por responder a un mismo concepto: el interés de la familia. Pero en el caso del mantenimiento de los hijos no comunes se considera que, inexistente o cesada la convivencia, este hijo pierde o carece de la condición de miembro de la familia, o al menos queda a otro nivel, y los gananciales estarían respondiendo de una deuda que en realidad es privativa de uno de los cónyuges[854], y de ahí que sea posible solicitar su reintegro[855].

---

[853] GORDILLO CAÑAS, A. "El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización", en AA.VV. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989, pp. 354, 356 y 362. DE LOS MOZOS Y HERRERO, J.L. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 2… op. cit.*, p. 277 -refiere este autor que "el patrimonio común se halla afecto institucionalmente hablando al levantamiento de las cargas del matrimonio, como expresa el artículo 1362"-; sin embargo, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 42-43., ha sostenido que lo que aprecia el Código Civil es una actuación en "aparente interés de la familia", por lo que el acreedor debe quedar protegido, y por eso los bienes gananciales responden directamente de la deuda, pero si se demuestra más tarde que el cónyuge actuó en beneficio propio, deberá reintegrar lo sufragado.

En este sentido, otros autores han mantenido que la obligación a la que hace referencia el artículo 1362.1.º CC lo era ya en virtud del artículo 1318 CC para todos los regímenes económico-matrimoniales, por lo que, en su opinión, lo que entraña realmente aquél es que, de existir sociedad de gananciales, éstos van a responder primero de la deuda contraída para el sostenimiento de la familia, y si un cónyuge hace frente a la misma con sus bienes privativos podrá pedir el reintegro de lo satisfecho con cargo a la sociedad ganancial. En otras palabras, significa que el artículo 1362.1.º CC se refiere a que, en los casos en él recogidos, los bienes gananciales responden "prioritariamente". Y si no hay bienes o no bastan, el artículo 1318 CC obliga a contribuir con todos sus bienes (los privativos también), del mismo modo que contempla el artículo 1438 CC para el régimen de separación de bienes. Así, QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", en AA.VV. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, *op. cit*., p. 703. La idea de que los bienes privativos también están afectos al sostenimiento de la familia en virtud de la regla del art. 1318 CC viene recogida en LACRUZ BERDEJO, J.L… [et al.], *Elementos de derecho civil (IV). Derecho de familia (vol. I)… op. cit.,* p. 363.

[854] GORDILLO CAÑAS, A. "El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización", *op. cit.*, p. 354.

[855] *Vid.* QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", *op. cit*., p. 705. En realidad, como se ha sostenido, si hay convivencia se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, que se sufraga y no se reintegra; sin embargo, si no hay convivencia, no es una deuda, sino simplemente una responsabilidad de la sociedad, lo que representa un doble aspecto: externo -se sufragan- e interno -se reitegran-. En este sentido, GIMÉNEZ DUART, "Cargas y obligaciones del matrimonio", *op. cit.*, p. 543.

En este punto, la doctrina ha discutido sobre si el despliegue de efectos del artículo 1362.1.º *in fine* CC -regla del reintegro- se reduce a la relación entre los cónyuges o si tiene, asimismo, efectos frente a terceros acreedores, y si su exigencia puede realizarse antes del momento de la liquidación o no - Hay quienes opinan que la exigencia de esta responsabilidad se refiere también a los acreedores y que su alcance no debe costreñirse al momento de la liquidación, siempre que éstos interpongan su

Los cónyuges pueden delimitar el contenido del "deber" del artículo 1362.1.2.º CC en la medida en que no afecte a su contenido esencial.

También, en los otros derechos civiles del Estado, se puede observar una previsión análoga a la del artículo 1362.1.2.º CC en otros regímenes de comunidad de bienes. El derecho catalán establece, en relación al régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, la responsabilidad solidaria de los bienes de la comunidad y los del cónyuge deudor por las deudas adquiridas con el fin de cubrir los gastos familiares, así como la responsabilidad subsidiaria de los bienes del otro consorte (cfr. art. 232-35 CCCat.)[856]. De este modo, esta regla se aplica a las deudas contraídas por los gastos para la alimentación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, por haberse establecido que estos gastos están entre los gastos familiares (cfr. art. 231-5, apdo. 2.º CCCat.).

También existe en derecho aragonés un equivalente al artículo 1362.1.2.º CC: contempla los gastos de manutención de los hijos propios de cualquiera de los cónyuges que convivan con ellos dentro de las deudas de que responden los bienes comunes del consorcio conyugal (cfr. art. 218.1.a) CDFA)[857]. Parece tratarse de una carga más que de una simple responsabilidad, al decir que son "de cargo".

---

acción contra ambos cónyuges, y no sólo frente al que contrajo la deuda. Así, GORDILLO CAÑAS, A. "El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización", *op. cit.*, p. 355. En contra de esta posición, DE LOS MOZOS Y HERRERO, J.L. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 2… op. cit.,* p. 253 -este autor observa la claridad con la que se expresa del precepto, que se trata de una "norma especial en materia de reingresos y reembolsos"-.

[856] Establece expresamente el precepto:

"Artículo 232-35. Responsabilidad por gastos familiares.

De las deudas contraídas para atender a gastos familiares, responden solidariamente los bienes de la comunidad y los del cónyuge deudor, y subsidiariamente los del otro cónyuge".

Un sector de la doctrina ha señalado que la primera parte de esta regla obedece a uno de los principios de este régimen económico matrimonial: que la masa común se destina a cubrir los gastos comunes, como regla general. Así, SOLÉ RESINA, J. "El régimen económico matrimonial de comunidad de bienes en el Código Civil de Cataluña", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*, *op. cit.*, p. 229.

[857] Establece el artículo 218, relativo a las deudas comunes del consorcio conyugal:

"1. Son de cargo del patrimonio común:

a) Las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio.

(…)

d) Los alimentos legales entre parientes debidos por cualquiera de los cónyuges, así como la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no incluida en el apartado a).

(…)

Por su parte, el derecho navarro contempla, entre las cargas de la sociedad de conquistas, los gastos para el mantenimiento y educación de los hijos no comunes de la familia en dos casos (cfr. ley 90 FN):

a) Cuando se trate de hijos que dependan económicamente y que convivan con la familia -se refiere a gastos de alimentación y habitación-.

b) Cuando se trate de hijos habidos de una anterior unión -engloba tanto al matrimonio como a la pareja estable- si el cónyuge que es progenitor no ha efectuado la partición y entrega de bienes de la ley 114 FN, si es que procedía -alude a los gastos para alimentos y educación-[858].

Además, a la muerte del cónyuge, se establece la obligación del usufructuario-cónyuge viudo de prestar alimentos a los hijos y descendientes del causante, siempre y cuando éste estuviera obligado a prestarlos y sin exceder el valor del usufructo (cfr. ley 259.3 FN)[859].

Se observa que otros derechos civiles del Estado contienen soluciones parecidas a la del Código Civil en este contexto, en relación a sus respectivos regímenes económico-matrimoniales basados en la comunidad de bienes. A mi

---

2. No son, sin embargo, de cargo del patrimonio común las deudas del apartado anterior contraídas por un cónyuge con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares".

[858] Dispone expresamente la ley 90 FN lo siguiente: "Cargas de la sociedad de conquistas. Seran a cargo del patrimonio común:

(…) 2. Los gastos de alimentación y habitación de cualquiera de los cónyuges económicamente dependientes y devengados en aquellos períodos en que compartan la convivencia y los de aquellos otros familiares y allegados con los que se conviva y carezcan de independencia económica.

3. Los alimentos y la educación de los hijos de anterior unión de uno de los cónyuges si este no hubiere hecho la partición y entrega de bienes a que se refiere la ley 114 cuando la misma procediere.

(…)".

En este sentido, la SAP Navarra 20/2004 (Sec. 2.ª), de 4 de febrero de 2004, Roj: SAP NA 126/2004, FD 4.º estima, entre las formas posibles para la madre de autos de satisfacer la pensión de alimentos de las hijas mayores de edad, la de sufragar estos gastos con cargo a la sociedad de conquistas, por ser éste el régimen económico que rige su nuevo matrimonio.

[859] La ley 259 FN, apartado tercero, establece, expresamente, entre las obligaciones del cónyuge viudo la de "Prestar alimentos, dentro de los límites del disfrute, a los hijos y descendientes del premuerto, a quienes este tuviere la obligación de prestarlos si hubiese vivido y siempre que aquellos se hallaren en situación legal de exigirlos".

juicio, la solución del artículo 1362.1.2.º CC debe mantenerse, puesto que la naturaleza del régimen económico-matrimonial de gananciales justifica las mayores consecuencias de la sujeción al mismo, si bien la justificación de estas consecuencias sólo alcanza a la responsabilidad de la masa ganancial cuando el hijo no común no convive en el hogar familiar.

2.3. La obligación voluntaria de alimentos

Se debe recordar que los alimentos también se pueden acordar de forma voluntaria y no hay ninguna razón para pensar que no pueda hacerse en favor de los hijos del cónyuge. Esta obligación puede tener lugar:

- Por un tiempo determinado: mediante un contrato de alimentos o por testamento. Este pacto es válido y las lagunas de su contenido serán llenadas por los artículos 142 a 152 CC (cfr. art. 153 CC)[860].
- Por tiempo indefinido -sometida a término (*certus an, incertus quando*)-: a través del contrato de alimentos, regulado por los artículos 1791 a 1797 CC - en sede de obligaciones y contratos-, en la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, un contrato antes desconocido por la ley, pero que era conocido como "vitalicio" en la doctrina científica y en la jurisprudencia. Este contrato consiste en hacer entrega de un capital "en cualquier clase de bienes y derechos" (cfr. art. 1791 CC) a cambio de hacerse cargo del sostenimiento de una persona, que puede ser el otro contratante o un tercero.

Para entender la naturaleza, régimen jurídico y otras cuestiones en torno al pacto de alimentos, ya sea de duración temporal o indefinida, ha de atenderse, particularmente, a la jurisprudencia que viene desarrollando el Tribunal Supremo desde hace muchas décadas.

Estos negocios jurídicos difieren de la renta vitalicia en su fundamento, ya que, mientras que con ésta se pretende la simple contraprestación económica periódica a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, los otros tienen por objeto el sostenimiento de una persona, es decir, hacerse cargo de ésta. Por ejemplo,

[860] No obstante, algunos de estos preceptos no pueden aplicarse a este contrato por no ser equivalentes sus presupuestos. En este sentido, COBACHO GÓMEZ, J.A., *La deuda* alimenticia, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 212; DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A. *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., *op. cit.*, p. 52.

en el caso de una madre que entrega su vivienda a los hijos a cambio de que se hagan cargo de su persona hasta su muerte, el verdadero objeto del contrato -la obligación principal- no es la entrega de la casa, tanto como garantizar el cuidado y atención de la madre durante su senectud y hasta su muerte. Esto queda reforzado por a) el nombre del contrato, b) porque si se admite la validez del contrato gratuito de alimentos, la obligación de entregar un capital es prescindible, y c) porque si se hace al revés, es decir, si se suprime la obligación de prestar alimentos, lo que queda es una simple donación.

El régimen jurídico del contrato de alimentos viene determinado por la naturaleza jurídica de este negocio. Ya desde antes de su regulación -escasa- por el Código Civil, la jurisprudencia reconocía su validez en virtud del principio del artículo 1255 CC -autonomía de la voluntad contractual-, por lo que quedaba, en principio, sometido únicamente a los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por las partes, siempre que respetasen el triple límite al que están sometido todo pacto: la ley, la moral y el orden público[861]. Esta doctrina ha sido reiterada tras la introducción del contrato de alimentos en la ley. En este sentido, le son aplicables las normas generales de las obligaciones[862]. A partir de la reforma de 2003, el contrato está regido, a su vez, por las reglas previstas con carácter específico para el contrato de alimentos (cfr. arts.1791 a 1797 CC). Por otra parte, como contrato de carácter aleatorio[863], el contrato de alimentos comparte características propias del contrato de renta vitalicia -si bien es un contrato autónomo que no se corresponde con este último-[864], lo que determina la aplicación analógica de las reglas del contrato de renta

[861] STS de 23 de mayo de 1965; STS 315/1982 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 1982, Roj: STS 1171/1982, párr. 2.º de su Considerando-; STS 487/1985 (Sec. 1.ª), de 13 de julio de 1985, Roj: STS 358/1985, Considerando 2.º; STS 690/1992 (Sec. 1.ª), de 2 de julio de 1992, Roj: STS 5337/1992, FD 5.º; STS 683/2002 (Sec. 1.ª), de 9 de julio de 2002, Roj: STS 5119/2002, FD 2.º; STS 646/2003 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 2003, Roj: STS 4591/2003, FD 2.º-; STS 249/2007 (Sec. 1.ª), de 26 de febrero de 2007, Roj: STS 1044/2007, FD 2º, y STS 556/2008 (Sec. 1.ª), de 12 de junio de 2008, Roj: STS 3607/2008, FD 2.º.

[862] STS de 23 de mayo de 1965; STS 683/2002 (Sec. 1.ª), de 9 de julio de 2002, Roj: STS 5119/2002, FD 2.º; STS 646/2003 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 2003, Roj: STS 4591/2003, FD 2.º-; STS 249/2007 (Sec. 1.ª), de 26 de febrero de 2007, Roj: STS 1044/2007, FD 2º, y STS 556/2008 (Sec. 1.ª), de 12 de junio de 2008, Roj: STS 3607/2008, FD 2.º.

[863] Este carácter viene determinado por el desconocimiento de la duración del contrato -que tiene un plazo determinado, pero se desconoce su duración por ser ese plazo el de la vida humana- (STS 31/2001 (Sec. 1.ª), de 18 de enero de 2001, Roj: STS 188/2001, FD 5.º; STS 491/2014 (Sec. 1.ª), de 29 de septiembre de 2014, Roj: STS 3853/2014, FD 2.º).

[864] STS de 23 de mayo de 1965; STS 683/2002 (Sec. 1.ª), de 9 de julio de 2002, Roj: STS 5119/2002, FD 2.º; STS 646/2003 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 2003, Roj: STS 4591/2003, FD 2.º-; STS 249/2007 (Sec. 1.ª), de 26 de febrero de 2007, Roj: STS 1044/2007, FD 2º, y STS 556/2008 (Sec. 1.ª), de 12 de junio de 2008, Roj: STS 3607/2008, FD 2.º. La STS 249/2007, de 26 de febrero de 2007,

vitalicia (cfr. arts. 1802 a 1808 CC), cuando ello sea posible y realizando las modificaciones oportunas[865]. Finalmente, como contrato de alimentos, este negocio queda sometido, subsidiariamente, a las normas reguladoras de los alimentos entre parientes (cfr. arts. 142-152 CC)[866]. Tan variado régimen jurídico puede determinar cierta inseguridad jurídica, salvable a través de sentencias del Tribunal Supremo, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a los aspectos más controvertidos del vitalicio o de su heredero, el contrato de alimentos.

El objeto principal del contrato, queda claro, es la prestación de alimentos al alimentista o su sostenimiento. Debe ser esa, y no otra, pero la forma de prestarse puede ser variada[867]. En cuanto al contenido de la obligación, dentro del respeto del artículo 1255 CC, las partes pueden pactar unos alimentos tan amplios como deseen, siempre que respeten un mínimo, que es el de la obligación establecida en el artículo 142 CC[868].

---

añade que la introducción del contrato de alimentos en 2003 "corona la evolución jurisprudencial señalada anteriormente al fijar, con autonomía, lo que es un "contrato de alimentos", diferenciado del contrato de "renta vitalicia"" -FD 2.º-.

[865] STS 315/1982 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 1982, Roj: STS 1171/1982, párr. 2.º de su Considerando-. La aplicación analógica de las reglas de la renta vitalicia, siguiendo la referida sentencia, se recuerda también en las SSTS (913/1992 (Sec. 1.ª), de 21 de octubre de 1992, Roj: STS 7878/1992, FD 3.º y 366/2009 (Sec. 1.ª), de 25 de mayo de 2009, Roj: STS 3061/2009. FD 3.º.

[866] Asimismo, DÍEZ PICAZO, L, GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil (Vol. II, Tomo 2). Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad* extracontractual, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 217. Subsidiariamente quiere decir en lo no acordado por las partes, no organizado por el testador o no "dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate" -art. 153 CC-. También, STS 255/1984 (Sec. 1.ª), de 18 de abril de 1984, Roj: STS 92/1984. Sin embargo, como ha señalado la STS 617/2017 (Sec. 1.ª), de 20 de noviembre de 2017, Roj: STS 4159/2017, FD 4.º, "lo cierto es, sin embargo, que el alcance de esa remisión legal es muy limitado". Por ejemplo, no se le aplican las causas de extinción de la obligación del artículo 152 CC -menos la muerte del alimentista en virtud del artículo 1794 CC-, ni la extensión y calidad en prestación de la obligación viene determinada por las necesidades del alimentista ni por la posibilidad de prestarla por parte del alimentante, sino por los pactos entre las partes -art. 1793 CC-.

[867] En este sentido, establece la citada STS 913/1992, de 21 de octubre de 1992, FD 2.º, que "El contrato de vitalicio de autos tiene un objeto no bien determinado y una forma de prestarse también alternativa. (…) La obligación, por lo demás, contiene una alternativa en cuanto a su cumplimiento, pues cabe que se presten los alimentos en casa o en el restaurante. Que la obligación no es alternativa es evidente, puesto que hay una sola prestación, pero para su cumplimiento sí hay dos formas, y la elección debe corresponder al obligado por aplicación analógica del art. 1.132 del Código Civil , puesto que no se ha conferido expresamente al acreedor la elección del lugar de cumplimiento".

[868] STS 159/2019 (Sec. 1.ª), de 14 de marzo de 2019, Roj: STS 865/2019, FD 4.º. Anteriormente, la STS 690/1992 (Sec. 1.ª), de 2 de julio de 1992, Roj: STS 5337/1992, FD 6.º, había dispuesto respecto al vitalicio que la parte cesionaria -que coincide con el alimentante- ha de cuidar,

El instrumento jurídico en el que puede regularse un pacto de alimentos, no tiene porque ser un contrato, propiamente dicho. Es posible también su previsión en cualquier negocio jurídico de derecho de familia, por poder ser atípico el contenido de éstos -ya sea en un convenio genérico, en un convenio regulador aprobado judicialmente, en un convenio que no ha sido aprobado por la autoridad judicial, en capitulaciones matrimoniales o en documentos complementarios, cada uno de ellos con la eficacia que le es inherente-. Se trata de unos alimentos voluntarios y que pueden ser onerosos o gratuitos[869]. Si han sido admitidos estos pactos entre los cónyuges en virtud del principio de autonomía de la voluntad para atender al sostenimiento de uno de ellos, no parece haber motivo para dudar de la validez de estos pactos cuando se trate de alimentar a los hijos del cónyuge en atención al mismo principio[870].

En cuanto a las formas de extinguirse la obligación, son: la muerte del alimentista o del último de ellos, que perfecciona el contrato y la resolución del

---

asistir, atender y prestar alimentos a las cedentes o acreedoras de alimentos en la extensión prevista en el artículo 142 CC.

[869] Todo esto es doctrina sentada en STS 758/2011 (Sec. 1.ª), de 4 de noviembre de 2011, Roj: STS 6998/2011, FD 3.º y reiterada en la citada STS 617/2017, de 20 de noviembre de 2017, FD 3.º.

Planteada la duda de si es válido el contrato de alimentos gratuito, es decir, comprometerse a la manutención de una persona sin recibir un capital a cambio, se debe hacer una serie de precisiones: el Código Civil nada determina, pero si se tiene en cuenta que las normas de la renta vitalicia le son aplicables por analogía a este contrato siempre que sea posible y con los debidos cambios -STS de 1 de julio de 1982-, se debe contestar que sí, pues del artículo 1807 CC se extrae que es válida la renta vitalicia a título gratuito.

Por su parte, la STS 617/2017, de 20 de noviembre de 2017, FD 5.º, ha señalado que en virtud del artículo 1255 CC las partes pueden acordar una variedad de contratos: "contratos de naturaleza personal o real, con causa onerosa o gratuita, a cambio de contraprestación o sin ella y durante cualquier espacio de tiempo".

[870] A este propósito, interesa mencionar lo expresado en la citada STS 758/2011, de 4 de noviembre de 2011, FD 5.º: "Esta Sala fija la siguiente doctrina: el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos".

En este sentido, en la doctrina italiana (y, en mi opinión, igualmente extrapolable al caso español), se ha defendido la validez de los pactos entre los cónyuges, justificada por el cambio en la perspectiva de la familia, desde una óptica jerárquica y patriarcal, de relaciones verticales y cerrada a los pactos, a una óptica negocial, mediadora entre las posiciones de las partes. Así es en el derecho italiano, si bien, por supuesto, supeditada a la tutela de la parte más débil de la relación. Se trata de adaptar la autonomía de la voluntad contractual a la especial naturaleza del derecho de familia. *Vid.* ZAMBRANO, V., "«Accordi della crisi coiugale» antichi assiomi e profili evolutivi", en LASARTE ÁLVAREZ, C., CERVILLA GARZÓN, M.D., *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018, pp. 435-436.

contrato por incumplimiento de la prestación de alimentos -si el alimentista no prefiere exigir su cumplimiento (cfr. art. 1795 CC)-. En caso de resolución, el alimentante deberá restituir los bienes adquiridos en virtud del contrato y, el alimentista, el valor de los alimentos percibidos hasta entonces, con una particularidad: al alimentista debe quedarle un superávit que le permita concertar una pensión, al menos, equivalente a la resuelta. Si de las circunstancias no resulta así, la autoridad judicial puede disponer que la restitución que al alimentista corresponde, permanezca aplazada total o parcialmente, durante el plazo que se fije y con las garantías que se acuerden (cfr. arts. 1795 y 1796 CC). También se puede, no extinguir, pero si modificar la forma de prestar la obligación de alimentos, si muere el alimentante o se produce "cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes" (cfr. art- 1792 CC). Cualquiera de las partes puede solicitar el pago mediante "pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente". Por otra parte, el Código Civil no prevé el desistimiento unilateral del contrato, por lo que debe descartarse; ni contempla que pueda pactarse, pero tampoco lo prohíbe, por lo que este pacto entra dentro de la autonomía privada (cfr. art. 1255 CC), porque sus causas resultarían del contrato y no sorprenderían a las partes[871].

También está prevista la posibilidad de pactar los alimentos en derecho catalán, al igual que en ocurre en el Código Civil, se determina, a continuación de las reglas de los alimentos entre parientes, que las mismas son de aplicación a los casos en que se ordenen alimentos en testamento o codicilo, o que se acuerden por pacto, o que vengan regulados específicamente por la ley, en todo lo no establecido (cfr. art. 237-14 CCCat.). En cuanto a esto último, el Libro Sexto del CCCat., relativo a las obligaciones y los contratos, regula el contrato de alimentos de forma muy similar al Código Civil (cfr. arts. 624-8 a 624-11 CCCat.).

Por su parte, el derecho gallego regula el vitalicio bajo esa denominación (cfr. arts. 147 a 156 de la Ley de derecho civil de Galicia). Como particularidades se descatan que la ley reconoce expresamente la validez de este contrato entre ascendientes y descendientes obligados por ley a prestarse alimentos (cfr. art. 149.2.º), o que contempla el derecho del cesionario a desistir unilateralmente del contrato, con un preaviso de, al menos, seis meses y con restitución de lo cedido y sus frutos (cfr. art. 152).

[871] En este sentido, la referida STS 617/2017, de 20 de noviembre de 2017, FD 6.º.

La celebración de un contrato de alimentos es una posibilidad, pero no es la solución idónea si se quiere regular la obligación del cónyuge del progenitor de hacerse cargo del sostenimiento de los hijos no comunes. Este contrato no está pensado para este supuesto de hecho y está sometido a un complejo régimen jurídico. No obstante, en mi opinión es positivo también dejar libertad a los cónyuges para el establecimiento de una pensión alimenticia, puesto que se trata de una medida que beneficia al menor. Esta posibilidad podría formar parte del contenido de unas capitulaciones matrimoniales o de un convenio regulador del divorcio, con los requisitos que se pide a estos instrumentos jurídicos.

3. LA CONTRIBUCIÓN DEL HIJO NO COMÚN AL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS DE LA FAMILIA

La contribución al levantamiento de las cargas de la familia es un deber que corresponde a todos sus miembros como convivientes en un hogar familiar. Analizada la obligación del cónyuge del progenitor a este respecto, corresponde ahora examinar la correspondiente al hijo no común conviviente. Se debe, además, valorar su actual configuración y plantearse si debe, o no, ser sometida a algún cambio.

El deber de contribución a las cargas familiares debe ser visto desde una doble perspectiva: la de los cónyuges (cfr. art. 1318 CC en general; art. 1438 para la separación de bienes) y la de los hijos (cfr. 155.2.º CC). Tanto uno como otro deber descansan sobre una misma base o motivación: la solidaridad familiar[872].

Se establece el deber de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas familiares en la forma y condiciones que el mismo precepto describe (cfr. art. 155.2.º CC). En este sentido, la obligación existe siempre y cuando los hijos vivan en el

[872] QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", *op. cit*., pp. 693. El autor distingue, a este respecto, entre el deber de contribución a las cargas de la familia y el deber de mantenimiento. El primero comprende a todos -los miembros de la familia- para con todos, mientras que el segundo se da sólo de progenitores a hijos; el primero es el que recogen los artículos 155.2.º CC en el caso de los hijos -con base en la convivencia-, y 1318, 1362 y 1438 CC -basados en el matrimonio- en el caso de los cónyuges, mientras que el segundo es el deber del artículo 154.1.º CC -que descansa sobre la patria potestad, si bien el autor apunta que "nace por la filiación"-.

La solidaridad familiar como fundamento de este deber también ha sido señalado en DÍAZ ALABART, S. "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *Revista de Derecho Privado,* n.º 5, septiembre-octubre, 2015, p. 47.

hogar familiar. La contribución a las cargas de la familia se hará de forma equitativa, "según sus posibilidades".

Un sector doctrinal ha señalado que este deber se mantiene durante el tiempo que dure la función parental y que esa contribución a las "necesidades" de la familia ya forma parte del contenido general de la obligación de prestar alimentos entre parientes (cfr. arts. 142 y ss. CC), aunque lo normal será que, mientras el hijo trabajador y emancipado viva en el hogar familiar, soporte parte de los gastos de la familia[873].

Sin embargo, y a los efectos que aquí interesan, se debe recordar que mientras la obligación del artículo 155.2.º CC incluye a los hijos no comunes de una familia reconstituida, el artículo 143.2.º CC sólo se refiere a los descendientes propios del alimentante o del alimentista, ya que el derecho-deber de alimentos entre parientes tiene su fundamento en la relación de parentesco. Por el contrario, entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes no existe parentesco que les legitime para ser perceptores de alimentos[874]. Los parientes por afinidad no se deben alimentos, porque el Código Civil sólo lo ha previsto para el parentesco de consaguinidad o para la relación conyugal.

En otras palabras, el deber del artículo 155.2.º CC tiene su fundamentación jurídica en el hecho de la convivencia. Algunos autores señalan una relación evidente con el artículo 1318 CC, relativo al deber de contribución de los esposos a las cargas del matrimonio o cargas de la familia[875].

---

[873] En este sentido, ZURITA MARTÍN, I. "Madres e hijos: la patria potestad", en CERVILLA GARZÓN, M.D., FUENTES RODRÍGUEZ, F. (Eds.), *Mujer, familia y derecho*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 78-79.

[874] Algunos autores opinan que entre ambos no existe vínculo jurídico alguno. En este sentido, DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit*., p. 769; MAZZONI, S. "*Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partner salla costellazione familiareri composta*", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 28, 1999, p. 376; también, SAP Lleida 374/2016 (Sec. 2ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP L 765/2016, FD 4º. Sin embargo, como se expuso a propósito del parentesco por afinidad, eso no es del todo cierto, si bien a los efectos que aquí competen, sí lo es.

[875] DÍAZ ALABART, S. "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *op. cit.*, p. 47; QUIÑONERO CERVANTES, E. "Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia", *op. cit*., pp. 692 y 709-710. Opina el autor que el legislador se refiere a un mismo concepto de "carga" de la familia -equivalente a "gastos", concepto que el legislador debió haber empleado para sortear confusiones-, pero en el caso del artículo 155.2.º CC el deber se extingue con el simple hecho de finalizar la convivencia, por mero deseo del hijo -pero no acaba con la emancipación de los hijos si éstos continúan viviendo en el hogar familiar-. Sin embargo, otro sector doctrinal ha señalado que la conclusión del matrimonio de los progenitores no implica necesariamente el fin del deber del artículo 155.2.º CC. Aunque también

Se puede afirmar que esta obligación ya la tienen los hijos no comunes, pues se conmina a los hijos -en general- a contribuir al levantamiento de las cargas familiares en tanto convivan con ella (cfr. art. 155.2.º CC)[876]. Ello quiere decir que, si los hijos viven con uno de los progenitores, ya vienen obligados a contribuir, de forma equitativa, y de acuerdo con sus posibilidades. Por el contrario, dejan de tener la obligación de contribuir a las cargas de la familia formada por el progenitor con el que no conviven.

No obstante, como ha señalado un sector de la doctrina, esta obligación no lleva aparejado un derecho de los hijos a residir perpetuamente en la vivienda conyugal siempre que contribuyan al levantamiento de las cargas de la familia; sólo entraña que, si conviven con ellos, deben contribuir a tales gastos[877].

Por otro lado, como ya se contempló en sede de administración de los bienes de los hijos, existe otra disposición a través de la cual los hijos no emancipados deben contribuir al levantamiento de las cargas de la familia (cfr. art. 165 CC). Este precepto se refiere al hijo menor de edad que conviva con los progenitores o con uno de ellos, mientras que la obligación del artículo 155.2.º CC se prolonga tanto como la convivencia del hijo en el hogar familiar, con independencia de su edad.

Se debe tener en cuenta que la contribución de los hijos siempre sería con los frutos de sus bienes, pues no se prevé en ningún caso que tengan que enajenar sus bienes para atender a las necesidades de la familia. Supone una reminiscencia del antiguo usufructo legal, que fue suprimido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo -que continúa vigente en otros ordenamientos jurídicos como el italiano-, si bien la nueva figura está sometida a una serie de condiciones y, en cualquier caso, el progenitor no tiene que rendir cuenta de la utilidad de esos frutos.

En cuanto al contenido del deber de contribución de los hijos a las cargas de la familia en España, se debe distinguir entre los derechos que prevén expresamente sólo una contribución de naturaleza económica y los que incluyen otra de naturaleza

---

sostiene que los hijos emancipados pueden continuar obligados a esta contribución-. Así, DE LOS MOZOS y HERRERO, "Matrimonio y divorcio", en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil"*, Civitas, Madrid, 1982, p. 875.

[876] VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas… *op. cit*., p. 214. Estos autores opinan también que al no distinguir entre hijos comunes y no comunes están ambos incluidos.

[877] FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de familia, Tomo II, vol. 1, op. cit*., p. 56.

personal[878]. No obstante, que en algunos no se aluda a esta última, no significa que la descarte[879].

Finalmente, el cumplimiento de este deber por los hijos está conectado al deber de obediencia a su progenitor -si se trata de menores de edad- o, simplemente, al deber de respeto que se debe siempre al mismo -se trata de mayores de edad-[880].

---

[878] Entre los primeros se hayan el derecho español común -arts. 155 y 165 CC- y el derecho navarro -ley 65.6.2º CDFN-; entre los segundos, el derecho aragonés -arts. 66 (contribución personal del hijo, que concreta en la ayuda en las tareas domésticas y negocios familiares en proporción a su edad y condiciones) y 67 CDFA (contribución económica)- y el derecho catalán -art. 236-22 CCCat., que incluye, en su apartado primero *in fine*, la contribución "con su trabajo en interés de la familia, siempre y cuando este deber no sea contrario a la equidad"-.

Se advierte que, en el derecho aragonés, se dedica un artículo a la contribución de los gastos familiares cuando sea persona distinta de los progenitores la que ostente la titularidad de la autoridad familiar. Así, el art. 68 CDFA dispone expresamente:

"Artículo 68. Contribución cuando la autoridad familiar corresponda a otras personas.

Los otros titulares del ejercicio de la autoridad familiar con los que viva el hijo pueden destinar los productos del trabajo o industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo".

También se hace referencia a los hijos no comunes en el apartado segundo del artículo 231-6 CCCat., que indica el deber de todos los hijos a contribuir en el sostenimiento de los gastos familiares, del mismo modo que el Código Civil (art. 155.2.º) pero con mención expresa de los hijos no comunes. El modo de contribuir viene especificado en el apartado uno del artículo 236-22 CCCat. Establece expresamente el CCCat.:

"Artículo 231-6. Contribución a los gastos familiares. (…)

2. Los hijos, comunes o no, mientras conviven con la familia, deben contribuir proporcionalmente a estos gastos de la forma establecida en el articulo 236-22.1".

"Artículo 236-22. Contribución de los hijos a los gastos familiares.

1. Los hijos tienen el deber de contribuir proporcionalmente a los gastos familiares, mientras convivan con la familia, con los ingresos que obtengan de su actividad, con el rendimiento de sus bienes y derechos y con su trabajo en interés de la familia, siempre y cuando este deber no sea contrario a la equidad".

Asimismo, al igual que en el caso del Código Civil, requiere como condición la convivencia en el hogar familiar - En este sentido, VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N. "Las familias reconstituidas… *op. cit*., p. 216-.

[879] En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Capítulo 1. Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J. *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, *op. cit.*, p. 51.

También DÍAZ ALABART, S. "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *op. cit.*, pp. 48-49. La autora considera que la forma de contribuir a efectos del artículo 155.2.º CC puede ser patrimonial, pero también personal, ya consista en trabajo en el negocio familiar o en ayudar en las tareas domésticas, pues razona que si el trabajo en el hogar computa a efectos de cumplimiento del deber de contribución a las cargas por los cónyuges -art. 1438 CC-, lo lógico es pensar que ocurrirá lo mismo en el caso de los hijos. En cualquier caso, señala como límites de estos trabajos, la consideración de la edad del hijo y que los mismos no constituyan una merma de su descanso, formación u ocio elementales.

[880] Esto ha sido observado, en relación a la negativa del menor a la contribución en las tareas domésticas encomendadas por los progenitores, en DÍAZ ALABART, S. "Obligaciones de los hijos

Por otro lado, en Italia, se recoge, entre los derechos y deberes de los hijos, la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia en función de su capacidad económica e ingresos, con el fundamento de la convivencia (cfr. art. 315 *bis, in fine,* del *Codice Civile).* Por tanto, la familia con la que conviva será la familia con la que el hijo tiene este deber[881].

A estos efectos, se considera que el menor tiene el domicilio en el lugar de residencia de la familia y, si sus progenitores están separados, divorciados o por la razón que sea no viven juntos, el menor tiene el mismo domicilio que el progenitor con el que convive[882]. Ya no se distingue en esta sede, como hasta hace poco, entre hijos naturales y legítimos[883]. Los hijos pueden abandonar el domicilio familiar a partir de su mayoría de edad o su emancipación (cfr. art. 318 del *Codice*).

Parece conveniente traer a colación en esta sede el usufructo legal del artículo 324 del *Codice Civile* en relación con el artículo 328. Los progenitores que ejercen la "*responsabilità genitoriale*" tienen el usufructo sobre los bienes del hijo hasta su mayor edad o emancipación y los frutos que generen pueden ser usados para mantener a la familia e instruir y educar a los hijos (cfr. art. 324, párr.s. 1 y 2), a todos ellos[884]. Esta previsión legal resulta armoniosa con los principios de solidaridad e igualdad -tanto de los hijos como de los progenitores-[885]. Si sólo un progenitor ejerce la "*responsabilità genitoriale*", éste será el único titular del usufructo legal (cfr. art. 327). Pues bien, si uno de los titulares de la "*responsabilità*

---

mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *op. cit.*, p. 50.

[881] En este sentido, DE MAURO, A. "Le famiglie ricomposte", *op. cit.*, p. 774; ID. "Le famiglie ricomposte", en GORGONI, M. *I modelli familiari tra diritti e servizi: Lecce, 24-25 settembre 2004*, Nápoles, Jovene, 2005, p. 45.

[882] El art. 45 del *Codice Civile* italiano.

[883] A este respecto, ha habido una importante reforma de la filiación en Italia en el año 2012 en virtud de la cual se ha estabilizado la posición de los hijos con independencia de su origen. Ahora sólo se reconoce un *status filiationis*. Esta reforma ha sido operada por la *Legge* 10 dicembre 2012, n. 219, en materia de reconocimiento de hijos naturales (GU *Serie Generale* n. 293 del 17-12-2012) y por el *Decreto Legislativo* 28 dicembre 2013, n. 154, sobre revisión de las disposiciones vigentes en materia de filiación, con arreglo al art. 2 de la *Legge* 10 dicembre 2012, n. 219 (GU *Serie Generale* n. 5 del 08-01-2014).

[884] RUSCELLO, F. "Potestà dei genitori *versus responsability*", *op. cit.*, p. 9, nota 16.

[885] En este sentido, D'ANTONIO, V., GIANNONE CODIGLIONE, G. "L'usufrutto legale dei genitori: novità e costanti dell'istituto", *Comparazione e diritto civile*, 2013, p. 4. Consultado en http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rf_dantonio_usufrutto.pdf el 26/07/2020.

genitoriale" contrae nuevo matrimonio, conserva el usufructo legal, pero debe reservar en favor del hijo los frutos que excedan de los gastos de su mantenimiento, instrucción y educación (cfr. art. 328). Es decir, este progenitor no puede destinar los frutos sobrantes que generen los bienes del hijo del primer matrimonio al mantenimiento de la nueva familia. Esta circunstancia ha sido objeto de críticas por pensarse que es contrario a los principios de solidaridad e igualdad y ser uno de los preceptos que aún recuerda a la distinción que se hacía hasta hace poco entre hijos naturales y familia legítima[886].

Como puede observarse, el fundamento de este instituto jurídico es el de satisfacer las necesidades de la familia al completo, es decir, existe en interés de la familia, mientras que el de la "potestà" o, mejor, "responsabilità genitoriale" se basa en el interés exclusivo del hijo[887]. Por esta razón he considerado adecuado incluir en esta sede este apunte, ya que tanto el usufructo legal italiano como la contribución a las cargas de la familia son previsiones legales en interés de la familia.

De hecho, un sector de la doctrina italiana ha criticado el artículo 328 del *Codice Civile* precisamente en relación a la figura del *terzo genitore*[888], por cuanto esta previsión puede resultar contraria a los principios constitucionales y, además, incidir sobre la identidad misma de la familia nueva en la que se integra el menor, en la cual no se da una solidaridad familiar con la misma intensidad que en la anterior familia.

Por su parte, el BGB, al tratar la relación entre los progenitores y sus hijos, dispone, de un lado, el deber de los hijos que viven en el hogar familiar y son criados o mantenidos por sus progenitores, de prestar servicios a éstos, tanto en el hogar como en su negocio, de modo apropiado a sus fuerzas y posición en la vida (cfr. § 1619 BGB). De otro lado, establece que, si el hijo mayor de edad que es miembro del hogar familiar, realiza gastos del hogar con su patrimonio o entrega a sus progenitores dinero o bienes a tal fin, se presume que no tiene intención de ser

[886] En este sentido, D'ANTONIO, V., GIANNONE CODIGLIONE, G. "L'usufrutto legale dei genitori: novità e costanti dell'istituto", *op. cit.,* p. 10.

[887] D'ANTONIO, V., GIANNONE CODIGLIONE, G. "L'usufrutto legale dei genitori: novità e costanti dell'istituto", *op. cit.,* p. 4.

[888] RUSCELLO, F. "Potestà dei genitori *versus responsability*", *op. cit.,* p. 2, nota 3; D'ANTONIO, V., GIANNONE CODIGLIONE, G. "L'usufrutto legale dei genitori: novità e costanti dell'istituto", *op. cit.,* p. 10.

compensado, salvo que de la situación se desprenda claramente lo contrario (cfr. § 1620 BGB)[889].

En el derecho neerlandés, se establece, entre las reglas relativas a la autoridad parental, que cada progenitor que la ejerza adquiere *ope legis* un usufructo parental sobre los bienes del menor -salvo que se trate de bienes obtenidos por herencia o donación, a los que el testador o donante ha excluido expresamente del usufructo parental (cfr. art. 1:253m, ap. 3 BW). Dispone, a continuación, que, si este menor vive con un progenitor y tiene ingresos ocasionales derivados de su trabajo, tiene el deber de contribuir a los gastos del hogar familiar en proporción a su capacidad económica (cfr. art. 253m, ap. 1 BW). Se extiende, expresamente, la aplicación de este artículo en los casos de ejercicio conjunto de la autoridad parental por el progenitor y su cónyuge o pareja registrada (cfr. art. 253v, ap. 1 BW)[890].

En mi opinión, el deber de los hijos de contribuir a las cargas de la familia con independencia de quiénes sean sus miembros ya existe y encuentra su justificación en la convivencia y, con ello, en un deber de solidaridad familiar, aunque sin rango constitucional. También es justo si se aprecia como deber correlativo al de los artículos 1318, 1362.1.2.º y 1438 CC. A mi juicio, debería hacer referencia expresa a los hijos no comunes para que no quepan dudas, como ha hecho el legislador catalán. Asimismo, debería indicarse la naturaleza tanto personal como

[889] Además, en conexión con esa previsión, se debe mencionar la § 1642 BGB, que, a propósito de la administración de los bienes por los progenitores, se establece que éstos deben invertir el dinero del menor de acuerdo con los principios de la gestión eficiente de los bienes en la medida en que no se dispongan para pagar los gastos. Por otro lado, la § 1649 BGB dispone que las ganancias que se deriven de la propiedad del hijo, que no se requieran para la adecuada administración de la misma, se utilizarán para el mantenimiento de aquél. Si esas ganancias no alcanzan el coste del mantenimiento del menor, se podrá usar lo que el menor gane con su trabajo o a través de operaciones independientes de un negocio lucrativo permitido bajo la § 112. Finalmente, el precepto determina que, si una vez cubiertos los gastos de mantenimiento de la propiedad y del hijo en cuestión, hubiera superávit, éste puede usarse por los progenitores para su propio mantenimiento y para el de los hermanos menores y solteros del menor, si resulta justificado en atención a las circunstancias económicas y laborales de todos ellos. Si el menor se casa, este poder de los progenitores acaba. Se observa, por tanto, que el poder de los progenitores de destinar los frutos del trabajo o de la propiedad del menor se extiende a su propio mantenimiento y el de los hermanos -se entiende. También. medio hermanos-, pero nunca al cónyuge o pareja del progenitor ni a los hijos propios de éste -hermanastros del menor-. Esto parece adecuado, puesto que el menor ya estaría contribuyendo a los gastos de la familia manteniéndose a sí mismo y a su progenitor, y no se le puede -ni se le debe- exigir un mayor esfuerzo, puesto que contribuir no significa ser deudor ni responsable de las obligaciones propias de sus progenitores.

[890] Debe recordarse que estos artículos se encuadran en la función de administración de los bienes del menor -arts. 1:253 i, j, k, l y m BW- que es ejercida, asimismo, por el cónyuge o pareja registrada del progenitor con el que ejerce conjuntamente la autoridad parental del menor -art. 1:245 §4, por mandato del §5-.

económica del deber, del modo en que lo han hecho las legislaciones de Aragón y Cataluña, puesto que la solidaridad familiar no debe contemplarse únicamente como un pago con dinero o bienes que incluso puede que el menor no tenga. En el seno de una familia una solidaridad de carácter personal parece tanto o más importante, y en el caso de este deber es más realista, ya que se trata de personas menores de edad que lo más natural es que carezcan de patrimonio o ingresos. El artículo 165 CC no presenta inconvenientes, puesto que se puede aplicar en el seno de los hogares reconstituidos, pero sin necesidad de dotar al cónyuge del progenitor de funciones de administración.

CONCLUSIONES

PRIMERA. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.-

1. La familia es un fenómeno social difícil de definir dada su naturaleza cambiante, lo que supone que el concepto de familia difiere en cada momento y lugar. Incluso en una misma ubicación espacio-temporal, cada disciplina tiene su propia visión de la familia, y dentro del ámbito jurídico, cada rama del derecho y, aún más, cada norma jurídica delimita lo que entiende por familia a sus propios efectos.

2. La Constitución española no define la familia, lo cual es un acierto, ya que lo que pretende la CE es la protección de todas las familias (cfr. art. 39) y ello queda garantizado sin la rigidez que supondría un concepto bien delimitado. Resulta idóneo que toda familia quede constitucionalmente protegida, a pesar del transcurso de las décadas y de su constante transformación.

3. La Constitución española configura la institución familiar sobre tres pilares fundamentales: familiar nuclear, familia plural y familia con exclusivo interés privado de sus miembros. De este modo, se parte de la familia nuclear como arquetipo familiar, se patrocina la formación y continuidad de todo tipo de modelos familiares y se entiende que el interés en proteger a las familias se halla, particularmente, en que es el grupo más apto para el ejercicio y completo desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos que en él se integran.

4. La Constitución española establece una dicotomía entre los conceptos -e instituciones- de matrimonio y familia, que tradicionalmente han sido inseparables. Por un lado, protege a todas las familias, con independencia de cualquier otra condición (cfr. art. 39.1 CE). Por otro lado, ofrece un plus de protección a la familia fundada sobre la base del matrimonio, blindando la existencia de la institución matrimonial y garantizando la reserva de ley a ciertos aspectos del matrimonio.

SEGUNDA. PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.-

Toda regulación legal que afecte a los menores, así como todo proceso administrativo o judicial en el que intervengan menores, debe atender al principio del interés superior del menor y, especialmente, se debe garantizar la audiencia del menor que tuviere suficiente juicio y, en todo caso, cuando tenga más de doce años. El interés superior del menor es, entre otras cosas, un concepto jurídico indeterminado que ni viene concretado en la ley ni debe estarlo, puesto que persigue la concreción de lo que es beneficioso para un particular menor en un caso concreto. El interés del menor es el que es y no depende del juez. El juez

debe abstraerlo de los datos y de la valoración de la prueba en el proceso, para lo cual goza de cierta discrecionalidad -la que caracteriza a los conceptos jurídicos indeterminados-, pero debe moverse dentro del margen que le marca la ley, lo que distingue esta técnica de la arbitrariedad.

TERCERA. PLURALIDAD DE MODELOS FAMILIARES.-

1. Criterios de clasificación.- Existe una pluralidad de modelos familiares en la sociedad española actual. Una forma de agrupar esos modelos es en función de su base matrimonial o meramente convivencial, y dentro de ambos grupos se puede distinguir las familias formadas por personas del mismo o distinto sexo y las llamadas familias reconstituidas. Además, en el grupo de familias formadas sobre la base de la convivencia, se hallan las familias monoparentales. La casuística es tan variada que se dan múltiples tipos de familia dentro de cada modelo familiar.

2. Régimen jurídico.- El régimen jurídico de las relaciones familiares entre los miembros de todas estas familias se halla definido, salvo en el caso de las familias reconstituidas, lo sean sobre la base del matrimonio o de la convivencia. Las relaciones entre progenitores e hijos y las relaciones entre los cónyuges disponen de su propia normativa. Las relaciones entre los miembros de la pareja de hecho o registrada no han sido reguladas en el Código Civil, pero sí en prácticamente todas las comunidades autónomas -en muchos casos, sólo hay normas de carácter administrativo; en otros supuestos, se contemplan también disposiciones de carácter sustantivo-. Pero las relaciones entre otros miembros de las familias reconstituidas no gozan de una regulación propia en el Código Civil español.

3. Familias reconstituidas.- Las familias reconstituidas son familias en las que uno de los progenitores incorpora a uno o más hijos de una relación anterior. Son las menos estudiadas por cualquier disciplina, pero en especial en el ámbito jurídico. Por ello, en su estudio, son interesantes los datos que ofrece, sobre todo, la sociología, pero también la demografía, la antropología o la psicología, entre otras materias. Los datos estadísticos son también muy valiosos, pues indican un cada vez mayor número de divorcios, que es la principal causa de reconstitución familiar. Como no hay un solo tipo de familia reconstituida, sino que la casuística es muy diversa, resulta imposible -o, al menos, desaconsejable- ofrecer una respuesta unitaria a todas ellas.

CUARTA. FAMILIAS RECONSTITUIDAS SOBRE LA BASE DEL MATRIMONIO.-

1. Acotación.- Entre todas estas familias, se debe comenzar con el estudio de las reconstituidas sobre la base del matrimonio, porque se dispone de alguna norma más de la que partir, si bien las disposiciones son escasas en general. Además, no es materialmente posible el estudio de todas las relaciones familiares que se producen en el seno de las familias reconstituidas en un solo trabajo. Entre todas ellas, la que surge entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común menor de edad parece ser la que suscita mayores problemas prácticos, y de ahí que sea esta relación la que constituye el objeto central de la presente tesis doctoral.

2. Complejidad.- Las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio presentan diversos problemas terminológicos (en general, existe una insatisfacción en cuanto a los términos en todos los países, tanto para designar tanto el modelo familiar, como el parentesco entre algunos de sus miembros), variada casuística (en la que influyen el modelo de la primera familia, la existencia o no de hijos comunes, la orientación sexual de la pareja o el tipo de vínculo que los une, entre otras muchas condiciones) y una regulación jurídica insuficiente y fragmentaria en el derecho español y europeo (por cuanto no todas las ramas del ordenamiento jurídico tienen el mismo concepto de lo que es una familia reconstituida y las que la contemplan lo hacen de forma incompleta y poco clara, aunque destacan las normas del derecho de la Seguridad Social por ser una disciplina muy tuitiva), lo que la convierten en un fenómeno muy complejo.

3. Presupuestos esenciales.- Sobre las relaciones jurídicas entre los miembros de las familias reconstituidas se han planteado muchas dudas e interrogantes en la doctrina jurídica. Para su identificación como familias reconstituidas sobre la base del matrimonio, deben concurrir unos presupuestos esenciales de convivencia entre sus miembros y de existencia de vínculos, en cuyo estudio son de gran valor los estudios socio-antropológicos sobre familias reconstituidas.

   Es esencial la convivencia entre el menor y el cónyuge de su progenitor para justificar que el derecho regule la relación jurídica que surge entre ellos. Durante esa convivencia, el cónyuge del progenitor puede asumir distintos roles en relación al menor, que van desde no ocupar ningún papel en su vida hasta convertirse prácticamente en una madre o un padre. Lo habitual es que el cónyuge del progenitor tenga el papel de asistente en las funciones de educación y crianza del hijo de su cónyuge, dada la concurrencia de sus dos progenitores en la vida del menor en la mayoría de familias reconstituidas.

   Por otro lado, se requieren una serie de vínculos familiares, entre ellos, el matrimonial que se da entre los cónyuges y el de filiación entre el progenitor y

sus hijos, pero también debe darse un vínculo entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común. Entre ellos existe una suerte de parentesco por afinidad, el cual tiene unos efectos jurídicos limitados. No existe un criterio unitario sobre si la muerte del pariente consanguíneo común disuelve el parentesco por afinidad, ni siquiera dentro del Tribunal Supremo, y la Sala Primera no se ha pronunciado al respecto. Asimismo, existe un parentesco social entre ambos, pero a diferencia del parentesco por afinidad, éste no constituye un verdadero vínculo jurídico.

4. Objetivo.- El problema a solucionar por el derecho en el que se centra esta tesis doctoral no es el de asignar funciones propias del progenitor a su cónyuge, desempeñe o no este papel en la práctica, sino simplemente regular las relaciones del cónyuge del progenitor que convive con los hijos del otro para hacer posible la convivencia y, como no puede ser de otra manera, para favorecer y proteger al menor, actúe aquél "socialmente", o no, como una madre o un padre.

QUINTA. METODOLOGÍA.-

Los aspectos de la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes pueden clasificarse en torno a dos esferas: personal y patrimonial. La primera engloba la guarda y el cuidado del menor y el mantenimiento de relaciones personales tras la disolución del matrimonio o el fallecimiento del cónyuge progenitor; la segunda abarca la administración de los bienes del menor, su sostenimiento y contribución del menor a las cargas de la familia.

La metodología empleada para el estudio de estos aspectos ha sido el análisis de determinados preceptos del Código Civil español que contienen algunas previsiones al respecto, pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores, las aportaciones de la doctrina científica y el recurso al derecho comparado como método más valioso, pues de él se extraen una variedad de soluciones.

En las siguientes conclusiones se van a exponer individualmente cada uno de estos aspectos, ya tratados en el cuerpo de esta tesis tanto legal como doctrinal y jurisprudencialmente desde la perspectiva de *lege data*, a los que se van a sumar para cada uno de ellos propuestas argumentadas de *lege ferenda*, las cuales constituyen el núcleo de esta tesis doctoral.

SEXTA. GUARDA Y CUIDADO DEL HIJO NO COMÚN MENOR DE EDAD.-

1. De la regulación del Código Civil se deriva que:

   a. El Código Civil no ha efectuado previsión expresa para que, en las situaciones de urgente necesidad, el cónyuge del progenitor que se halle de

hecho a cargo del menor, aunque sea momentáneamente, adopte las decisiones pertinentes para su protección o para la evitación de perjuicios al mismo.

b. Existe un deber conyugal que parece extenderse a, entre otras cuestiones, la colaboración con el cónyuge en las tareas de cuidado y asistencia de los hijos de éste, de contenido personal (cfr. art. 68 *in fine* CC).

c. No caben los pactos de delegación del ejercicio de funciones parentales (que no otro tipo de delegación, como la que se hace a propósito de la guarda administrativa), ni en su totalidad ni en parte, y, por supuesto, tampoco cabe la transferencia de la titularidad de esas funciones.

2. A la luz de los preceptos del Código Civil es posible plantear algunas hipótesis:

   a. Se da la posibilidad de que, por vía del artículo 158.6.º CC, que permite al juez la adopción de cualquier medida para la adecuada protección del menor en cualquier tipo de proceso, se adopte la disposición que prevé el artículo 103.1ª, párr. 2º CC, en materia de medidas provisionales por demanda, separación y divorcio, es decir, que se asigne la guarda al cónyuge del progenitor, con atribución de funciones tutelares para su ejercicio, en interés del menor y con carácter excepcional y temporal.

   b. En caso de muerte, ausencia o privación de la función parental a los progenitores del menor, el cónyuge del progenitor puede ser nombrado tutor si la autoridad judicial así lo dispone en beneficio del menor (cfr. art. 234.2 CC), ya sea por exclusión de todas las demás personas de la lista o porque le correspondía siguiendo el orden, o porque el juez alteró ese orden, tras haber sido designado para ello por los progenitores en testamento en estos dos últimos casos (cfr. art. 234.1.4.º CC).

3. Entre los ordenamientos jurídicos del entorno, unos optan por otorgar facultades propias al cónyuge del progenitor, mientras que otros le reconocen la posibilidad de compartir, cuando corresponda, las propias del cónyuge.

4. Propuestas de regulación.- Del análisis de la regulación del Código Civil y del derecho comparado se concluyen una serie de cuestiones, en atención al interés del menor y de cara a una futura regulación en derecho común. A continuación, se hacen algunas propuestas en lo referente a la atribución de funciones parentales al cónyuge del progenitor. Para ello, se hace una división sistemática por materias.

1.º) Fuente de la atribución de las funciones

La asignación de funciones propias al cónyuge del progenitor que convive con el menor o, en su caso, del ejercicio de las funciones parentales al mismo, puede hacerse de tres modos básicos distintos: se puede producir *ope legis*, por medio de pacto entre las partes, o en virtud de una decisión judicial. En el primer caso, la ventaja es la celeridad con que despliega sus efectos; en el segundo caso, se reconoce la autonomía de la voluntad de los implicados, que en todo caso debe someterse a unos límites; en el tercer supuesto se garantiza que se lleven a cabo las audiencias de los progenitores del menor y, cuando corresponda, del propio menor. En general, la intervención judicial garantiza mejor la protección del interés del menor. La opción de establecer unas facultades parentales por ministerio de la ley no parece ser la más prudente -dada la variedad tipológica de familias reconstituidas- ni la más garantista para el superior interés de menor. No obstante, tendría la ventaja de su eficacia frente a terceros. Debe, no obstante, reconocerse *ex lege* al cónyuge no progenitor el poder de tomar decisiones relativas a la persona del menor o incapaz cuando éste corra un peligro inminente. No obstante, tendría la obligación de informar al progenitor del menor en cuanto le sea posible.

En mi opinión, puede resultar positivo dar la oportunidad de regular sus relaciones a los integrantes de estas familias, con el fin de ofrecer seguridad jurídica, proteger los intereses creados y alcanzar la solución más favorable a los menores. En este sentido, la opción del legislador francés resulta ser una de las más prudentes y la más concordante con nuestro sistema de instituciones tutelares, ya que la posterior intervención del juez también asegura que se verifique que el acuerdo celebrado entre las partes se ajusta al interés superior del menor. La otra alternativa entrañaría la posibilidad de solicitar al juez de familia la concesión de estas facultades.

A mi juicio, en este contexto, hay opciones plurales. Algunas podrían venir determinadas por la ley, y otras podrían consistir en la atribución por los jueces, de forma opcional, dejando siempre a salvo la posibilidad de la voluntad en caso de que el cónyuge quiera asumir más funciones, del siguiente modo:

A) Parece conveniente mantener el deber conyugal la obligación de asistir al cónyuge en las tareas de cuidado y asistencia personal de personas dependientes a su cargo -previsión de **carácter imperativo**-, con las siguientes modificaciones:

    i. mención expresa a los hijos no comunes, que, como miembros de la familia del progenitor, también lo son de su cónyuge, e

ii. referencia expresa al contenido, al menos genérico, de ese cuidado y asistencia.

B) Debe regularse la facultad del cónyuge del progenitor que convive con el menor para adoptar las decisiones necesarias para evitar perjuicios al menor en situaciones de urgente necesidad, con inmediata comunicación al cónyuge progenitor. Es este último el que tiene la obligación de informar al otro progenitor, en caso de haberlo. Esta previsión, de **carácter imperativo**, puede hacerse en el propio artículo 68 *in fine* CC, como deber conyugal con efectos *ex lege*. En el derecho comparado se encuentran previsiones de este tipo, como en el BGB y en el CCCat. El límite de la actuación debería fijarse mediante la previsión de unos requisitos esenciales, que en mi opinión deberían ser los siguientes:

i. que el menor se halle en una situación de peligro inminente;

ii. que el menor se halle al ciudado del cónyuge del progenitor en ese momento y la actuación no pueda ser llevada a cabo por el progenitor;

iii. que se de un nexo causal entre la actuación del cónyuge del progenitor y la evitación del perjuicio (necesidad), y

iv. que se informe al cónyuge progenitor sobre la actuación en cuanto le sea posible.

C) Se deberían permitir y prever, expresamente, los pactos de delegación del ejercicio de funciones parentales entre los progenitores del menor y el cónyuge del progenitor en aras del interés del menor, para lograr una adecuada protección y promoción de éste dadas las condiciones que presentan las familias reconstituidas -previsión de **carácter dispositivo**-. Estos pactos deberían reunir los siguientes requisitos mínimos:

i. Intervención de ambos progenitores -de haber dos- y del cónyuge del progenitor. E incluso podría valorarse la intervención del cónyuge del otro progenitor si éste ejerce la custodia compartida, lo que estaría sometido al control del juez que podría denegarlo si, atendidas las circunstancias concretas del caso, considera que un

segundo delegatario complica, más que favorece, el ejercicio de las funciones parentales.

ii. Respeto de los límites a la autonomía de la voluntad contractual.

iii. Contenido disponible: delegación -no transferencia- del ejercicio -no titularidad- de alguna o todas las funciones parentales. Con ello se respeta el carácter irrenunciable de la función parental.

iv. Garantía de los derechos del menor a ser informado y oído con carácter previo a la toma de decisiones sobre su persona, siempre que tenga suficiente juicio.

v. Indispensable aprobación judicial para desplegar sus efectos, a modo de control de adecuación al interés superior del menor, y con informe preceptivo del Ministerio Fiscal.

vi. Si no se ha fijado una fecha límite para el desempeño de las funciones o, si se ha fijado, pero se le quiere poner fin anticipadamente, parece conveniente que se deba solicitar a la autoridad judicial que se pronuncie sobre la extinción de los efectos del acuerdo, para evitar que ninguna de las partes pueda, unilateralmente, cesar en sus obligaciones en perjuicio del menor.

D) Sobre la hipótesis de atribución judicial de la guarda temporal del menor al cónyuge del progenitor, que ya es posible en virtud de las facultades conferidas al juez (cfr. art. 158 CC), parece conveniente que la misma se deba incluir expresamente entre las medidas del artículo 158 CC, siempre que el interés del menor así lo requiera, en las siguientes situaciones: por haber muerto ambos progenitores, estar ausentes o haber sido privados de la función parental, en tanto no se resuelva definitivamente la situación del menor mediante el nombramiento de un tutor. En ningún caso debe preverse por el mero hecho de la disolución del matrimonio.

A la muerte del progenitor custodio, podría adoptarse la solución catalana y otorgar la guarda definitiva al progenitor vivo que tiene la patria potestad (presunción *iuris tantum*), pero que la autoridad judicial pueda atribuir la guarda al cónyuge o pareja del progenitor fallecido en caso de que se acredite

su mayor beneficio para el menor. En caso de no haber otro progenitor o de que se le prive de la patria potestad, debería constituirse la tutela. También, debería contemplarse la posibilidad de que el juez atribuyere la guarda temporal al cónyuge del progenitor en tanto no se resuelve la tutela, en interés del menor. Por tanto, **no se configuraría como una regla de carácter imperativo, sino que el juez tendría cierta discrecionalidad para su acuerdo**, ya que la medida obedece únicamente al interés superior del menor.

Entre las facultades conferidas al juez, se debería asimismo incluir expresamente al cónyuge del progenitor entre los llamados a ser tutor en el artículo 234 CC, tal vez en el número 5.º, junto a los descendientes, ascendientes y hermanos. De entre ellos, como refiere el artículo, el juez puede designar uno libremente -con la debida motivación en interés del menor-. O tal vez, incluso por delante de éstos, con mención expresa del "cónyuge del progenitor que haya cuidado del menor ininterrumpidamente durante al menos un año inmediatamente antes de la apertura de la tutela". No parece muy arriesgado, si se piensa que la decisión final corresponde al juez, en atención al interés del concreto menor. Esta posibilidad es, en realidad, una forma más de flexibilizar -o, si se quiere, facilitar- la interpretación de este concepto jurídico indeterminado.

E) Tanto para el pacto de delegación de funciones como para la atribución judicial de la guarda del menor, debería especificarse legalmente el correlativo deber de obediencia del menor, presupuesto necesario para su adecuado desempeño en interés del menor. El deber de respeto es recíproco y se tiene por ser persona, pero debería contemplarse especialmente el deber de respeto, en general, entre los miembros de la familia por el hecho de convivir[891]. Estos deberes tendrían carácter imperativo.

[891] Por tanto, el deber de obediencia de los hijos hacia el cónyuge del progenitor conviviente se fundamentaría tanto en el hecho de la convivencia como en las funciones reconocidas al último. Lo segundo es una consecuencia lógica y necesaria de la atribución de esas funciones, pero lo primero parece lo más justo y recomendable para una pacífica convivencia: si un hijo no común, menor o mayor de edad, vive en el hogar familiar formado por uno de sus progenitores y una tercera persona, este tercero debe poder establecer ciertas reglas de convivencia y recibir un respeto que, por otro lado, debe ser mutuo. Se debe recordar que los sujetos que integran una familia reconstituida, al provenir de diversas familias, tienen reglas, hábitos y una visión de la "normalidad" distintas.

2.º) Circunstancias en que es posible la atribución de funciones

También en este caso se debe distinguir entre la atribución de funciones por delegación o por resolución judicial:

A) *Delegación de funciones*: parece conveniente limitar la conclusión de estos pactos a los casos en que el tercero delegatario sea cónyuge del progenitor y conviva con el menor; en el caso de la pareja estable, podría incluirse si se establece un período mínimo de convivencia con el menor -un año-, con el fin de evitar que uno de los progenitores delegue funciones parentales en una persona extraña para el menor y cuya convivencia puede no ser continua y duradera. Además, no debería permitirse la delegación en los casos en que los progenitores puedan ejercer por sí mismos esas funciones en los momentos a que vaya referida.

B) *Atribución judicial de funciones*: en función de la regulación actual, cabría su atribución a cualquier persona en interés del menor; sin embargo, se ha propuesto la inclusión expresa de esta figura y su regulación también en sede de medidas definitivas. En este caso, dicha mención expresa debería limitarse al cónyuge del progenitor y a la pareja estable registrada que haya convivido con el menor durante al menos un año -en ambos casos-.

3.º) Alcance de las facultades atribuidas al cónyuge no progenitor

Es necesario referirse tanto al contenido de las facultades atribuidas al cónyuge del progenitor, como a su naturaleza. En cuanto a esto último, se debe determinar si son funciones que ejerce *per se* o en función de las que tiene su cónyuge.

A) *Delegación de funciones*:

   i. Naturaleza: en este caso, las funciones delegadas serían las propias de los progenitores, pero una vez delegadas, su ejercicio correspondería al delegatario. Podría actuar *motu proprio* en interés del menor. Los progenitores seguirían conservando el ejercicio de las facultades no delegadas. También debería preverse el ejercicio conjunto de unas mismas funciones, y debería estar sometido a las mismas reglas que el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores. Las actuaciones del delegatario serían válidas frente a terceros de buena fe. Otra cosa es que el delegatario deba luego responder a nivel interno.

ii. Contenido: en todo caso, habría permitirse la delegación de funciones de contenido personal, ya que se trata, principalmente, de atender el cuidado de la persona del menor en los momentos en que sea necesario. La representación del menor, la administración de sus bienes y el derecho a asentir a la adopción deberían reservarse exclusivamente a los progenitores (esta última previsión es común a todos los ordenamientos jurídicos estudiados) y, si ellos no pudieran ejercerlas, lo que correspondería sería la constitución de una tutela (o de una curatela, en su caso).

B) Atribución judicial de funciones:

i. Naturaleza: las funciones tutelares atribuidas por el juez tendrían su origen en la misma decisión judicial, ya que por otro lado no se dispone de título legal ni contractual. Serían unas funciones ejercidas bajo la supervisión del juez y con carácter temporal. Sus actuaciones deberían ser válidas frente a terceros de buena fe.

ii. Contenido: estas funciones tendrían el contenido y la extensión que la autoridad judicial determine en la sentencia, que podría ser cualquiera de las incluidas dentro de las funciones tutelares.

4.º) Extinción de las facultades

A) Se debería permitir la renuncia de las funciones por parte del cónyuge del progenitor para todos los supuestos señalados en la letra A -dada la distinta naturaleza de ésta y la función parental-, siempre que su renuncia no conllevase un perjuicio para el menor y pudiendo renunciar en cuanto el riesgo de perjuicio cesara, y a salvo, claro está, las labores de asistencia que tuvieren su origen en el deber conyugal del artículo 68 CC. Los deberes conyugales no se pueden suprimir, aunque los consortes pueden pactar sobre los modos y el grado de su cumplimiento. Un acto o un negocio jurídico en virtud del cual se intentase eludir el cumplimiento de este deber sería nulo de pleno derecho.

B) Debería preverse, asimismo, la posibilidad de apartar judicialmente de estas funciones al cónyuge no progenitor, al menos si el interés del menor lo exige. Se podría permitir que el juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, pudiera despojar de sus funciones al cónyuge del

progenitor si se demuestra que su actuación perjudica o ha perjudicado al menor, o que su continuación en el ejercicio de las funciones ya no se adecúa al interés del menor.

5.º) Consecuencias *ad futurum* (fallecimiento del progenitor, separación o divorcio de cónyuges…)

Por otra parte, debería determinarse si la disolución del matrimonio del progenitor y su cónyuge supone el fin o, en su caso, la alteración de las relaciones existentes entre este último y el menor.

A) Si se separan o el matrimonio se disuelve, el consorte no progenitor debería ser privado de aquéllas por faltar la convivencia, presupuesto que hizo posible la determinación de esas facultades. En el caso de la atribución judicial de funciones, sin embargo, se parte de que el cónyuge del progenitor tiene la guarda del menor en solitario, por lo que esta contingencia es irrelevante.

B) Ahora bien, si el matrimonio se extingue por causa de muerte del cónyuge progenitor, debería regularse lo que ocurriría a continuación: si la función parental de los hijos no comunes recae sobre el cónyuge superviviente, si el otro progenitor recobra la función parental, de haberlo, o si ésta se otorga a otros parientes de los menores. En el caso de atribución judicial de funciones, esta contingencia no cambia nada. Sin embargo, para el caso del pacto de delegación se propone que, de haber un progenitor vivo y con funciones parentales, la guarda del menor debería volver a él, salvo que se demuestre en el correspondiente proceso judicial que lo más conveniente para el menor es permanecer junto al cónyuge de su progenitor premuerto. Ahora bien, si el progenitor vivo está privado o excluido de la función parental, debería permanecer el menor con el cónyuge del otro progenitor en tanto no se resuelve una medida más definitiva sobre su cuidado.

La ausencia de regulación legal de las relaciones entre el cónyuge del progenitor y los hijos no comunes es indeseable, pues, entre otras cosas, supone un problema de falta de seguridad jurídica. Resulta inevitable la asunción de hecho de las funciones parentales por muchas de estas personas y que de ello se derivan problemas, por lo que la intervención del cónyuge del progenitor debe ser sólo la necesaria para proteger y promocionar el interés del menor en determinados momentos, o con carácter continuado -pero no permanente- en tanto no se constituye la tutela o institución de protección del menor que se considere oportuna.

6.º) Requisitos procesales para la atribución de funciones

Aparte los requisitos que se hayan podido enumerar en el ordinal anterior, se debería dar, en todo caso, una serie de condiciones mínimas en todo proceso relacionado con la atribución de funciones parentales al cónyuge del progenitor, si bien se deben matizar en función del tipo de procedimiento:

A) *Procedimiento para la aprobación judicial de un acuerdo de delegación*:

i. Audiencia del menor: siempre que tenga suficiente madurez, y en todo caso tras cumplir los doce años. No es necesario, sin embargo, su consentimiento, si la autoridad judicial desprende del conjunto de datos que la aprobación del acuerdo es lo mejor para su protección y promoción.

ii. Respeto del interés del menor.

iii. Audiencia de los progenitores y del cónyuge delegatario: el proceso puede ser instado por cualquiera de los suscriptores del pacto, pero el juez deberá oír a todas las partes interesadas, incluso si hay un progenitor que no ostenta la patria potestad.

iv. Consentimiento sólo de los progenitores titulares de la función parental y del cónyuge delegatario: puesto que los acuerdos no desplegarían sus efectos hasta ser refrendados por la autoridad judicial, parece que todos los adultos implicados deberían, en el momento de ser oídos, ratificar el consentimiento ya prestado. En cualquier caso, podría contemplarse una posible indemnización para el caso de que alguno de ellos no se ratificara en fase judicial, en aquellos supuestos en que se hayan derivado daños y perjuicios de esa negativa. Por otro lado, no creo que deba admitirse el sometimiento a aprobación judicial de un pacto en el que no ha participado alguno de los progenitores y su posterior consentimiento en sede judicial, puesto que con ello se podrían fomentar actuaciones de mala fe, en las que uno de los progenitores intentase forzar al otro a consentir lo que no ha querido pactar previamente o, peor, lo que no ha sido llamado a pactar.

B) *Procedimiento para la atribución judicial de funciones tutelares al cónyuge del progenitor*:

i. Audiencia del menor: en los mismos términos que para el procedimiento anterior.

ii. Respeto del interés del menor.

iii. Audiencia de los progenitores y del cónyuge del progenitor: en caso de haber progenitores[892], e incluso aunque no sean titulares de la función parental. No se requiere su consentimiento, sólo que el juez estime la medida como la más conveniente al interés del menor.

Finalmente, deben respetarse determinados criterios que se tienen en cuenta a la hora de fijar el interés del menor en los procesos de atribución de guarda y custodia de menores en los procesos encuadrados en el presente apartado, y que son: a) no separar al menor de su madre en atención a su corta edad -Principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño-, b) la estabilidad del menor, que hace recomendable encomendar su cuidado a la persona que ha venido haciéndolo hasta el momento y con la que tiene el vínculo más fuerte, c) la continuidad de las relaciones con ambos progenitores (cfr. art. 9.3 CDN), lo cual tiene su máximo reconocimiento en el régimen de guarda compartida- y d) el bienestar emocional y afectivo del menor para su correcto desarrollo[893].

SÉPTIMA. MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN PERSONAL CON EL HIJO NO COMÚN.

1. El cónyuge del progenitor tiene un estatus de allegado en el Código Civil, en cuya virtud puede solicitar al juez la fijación de un régimen de relaciones personales con el hijo no común (cfr. art. 160.2.º CC) para el caso de que esas relaciones no se permitan voluntariamente.

[892] Piénsese que, en estos casos, la guarda se atribuye en exclusiva al cónyuge del progenitor por concurrir circunstancias que no permiten o no aconsejan su ejercicio por los progenitores. *V.gr*. podría ocurrir que el cónyuge del progenitor instara este proceso para tener a su cuidado al hijo de su cónyuge premuerto, y que el menor no contara con otro progenitor vivo, o éste estuviese privado o excluido de la función parental.

[893] Estos criterios han sido resumidos por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 31-32.

El estado actual de la situación cubre el derecho del menor a mantener relaciones personales con el cónyuge del progenitor con el que ha convivido, por los siguientes motivos:

a. El cónyuge del progenitor puede ser uno de estos allegados, ya que puede tratarse de cualquier persona próxima al menor, circunstancia que es necesario que controle la autoridad judicial caso por caso.

b. Aunque se haya comportado como un progenitor con el menor, no va a ser así en todos los casos, por lo que no debería hacerse una mención genérica al cónyuge del progenitor, ni tampoco acotar esta figura mediante la fijación de unas condiciones legales -como un tiempo mínimo de convivencia o el matrimonio con el progenitor-, lo cual podría ser contraproducente para estas personas, que verían limitadas sus posibilidades. Parece más prudente que la fijación de un régimen de relaciones personales deba controlarse judicialmente *in casu*, con única atención al interés superior del menor.

c. No parece que necesite una mayor consideración en este ámbito, dado el alcance de la doctrina del Tribunal Supremo, donde queda establecido que el régimen de relaciones personales puede ser más o menos amplio en atención a los criterios que fija esa doctrina, hasta casi ser parecido -que no igual- al del progenitor no custodio.

d. A diferencia de los progenitores y otros parientes del menor, no se puede presumir, en estos casos, que el interés superior del menor equivalga al mantenimiento de relaciones personales con el cónyuge o excónyuge de su progenitor. La presunción *iuris tantum* del derecho del menor a relacionarse con los primeros tiene su fundamento en el parentesco, tenga éste su origen en la sangre, la adopción o la voluntad, como es el caso de las técnicas de reproducción asistida, pero en cualquier caso por una de las formas de determinación de la filiación que la ley contempla[894].

[894] Recuérdese que se está ante el derecho del artículo 160.2.º CC, y cuando se habla de los progenitores, se refiere a los progenitores apartados o excluidos de la función parental, cuyo derecho se fundamenta en la filiación y no en la patria potestad. Es cierto que entre el cónyuge del progenitor y el menor existe un parentesco por afinidad de primer grado y que, en mi opinión y la de gran parte de la doctrina y de la Sala Tercera del TS, como se sabe, al menos la muerte del progenitor no supone la extinción de este vínculo; sin embargo, parece que la intención del legislador cuando habla de parientes es garantizar el derecho de los parientes por consanguinidad o, cuanto menos, que permanezcan en el seno de la familia -afines no divorciados-. Si, por ejemplo, los tíos del menor se divorcian y el afín ya no forma parte de la familia, igual debería ser considerado más como allegado que como pariente mismo. En cualquier caso, el TS apenas ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos de parientes.

2. Se observa como casi todos los ordenamientos jurídicos analizados contemplan una previsión genérica de personas próximas al menor, con las que el mismo ya tiene una relación personal -derecho español común y derechos francés, suizo, alemán y neerlandés-.

3. *De lege ferenda*:

   a. A mi juicio, debería considerarse el parentesco en primer grado por afinidad que existe entre el menor y el cónyuge de su progenitor, puesto que el estatus de que goce el cónyuge del progenitor puede ser decisivo a la hora de establecer o no un régimen de relaciones personales, en particular si concurre con otras personas en la solicitud de este derecho. Además, no parece haber un verdadero motivo para dar una mayor relevancia al derecho de un tío, por ejemplo, que al del cónyuge del progenitor que ha convivido con el menor, puesto que lo normal es que el menor tenga una relación familiar más fuerte con este último, por el tiempo de convivencia y sobre todo si ha asumido un rol parental. Por tanto, si se acepta que, en caso de muerte o declaración de fallecimiento del progenitor del menor, no hay voluntad de poner fin al vínculo de parentesco, en estos casos el cónyuge del progenitor debería considerarse pariente del menor. Por el contrario, en caso de divorcio, si se considera disuelto el vínculo de parentesco, el cónyuge del progenitor debe ser contemplado como un allegado. En principio, tampoco supone un problema el tiempo transcurrido entre la muerte del progenitor y la solicitud del derecho de relaciones personales, ya que, tanto en el caso de parientes como de allegados, la solución es la misma: si en el momento de acordar la medida ya no existe relación entre ambos y el menor se opone a su establecimiento, o bien se acredita que la medida es perjudicial para su interés, la autoridad judicial no debe acordarla.

   b. Por otra parte, se debería considerar la oportunidad de pactos entre las partes, para dar más libertad a la autonomía de la voluntad -principal garantía de su cumplimiento- con los límites pertinentes. Es la opción del legislador aragonés y también del derecho inglés. En concreto, éstas deberían ser las condiciones mínimas que deberían reunir esos acuerdos, similares a los previstos para los acuerdos de delegación del ejercicio de funciones parentales:

      i. intervención de ambos progenitores -de haber dos- y del cónyuge del progenitor;
      ii. respeto de los límites a la autonomía de la voluntad contractual;

iii. respecto de la dignidad del menor y no alteración de su estabilidad con el régimen acordado;
iv. garantía de los derechos del menor a ser informado y oído con carácter previo a la toma de decisiones sobre su persona;
v. intervención del Ministerio Fiscal e indispensable aprobación judicial para desplegar sus efectos, a modo de control de adecuación al interés superior del menor;
vi. si no se ha fijado una fecha límite para el régimen de relaciones personales o, si se ha fijado, pero se le quiere poner fin anticipadamente, parece conveniente que se deba solicitar a la autoridad judicial que se pronuncie sobre la extinción de los efectos del acuerdo, para evitar que ninguna de las partes pueda, unilateralmente, cesar en sus obligaciones en perjuicio del menor. En el caso de ser el menor el que quiere cesar en la relación, no parece que deba negarse, si bien habría que comprobar si esa negativa responde a una verdadera voluntad del menor.

OCTAVA. ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA FUNCIÓN PARENTAL.-

1. Las funciones de representación de los menores y administración de sus bienes corresponden sólo a los titulares de la función parental o, en su caso, tutelar, con las excepciones ligadas a la guarda de hecho que tienen como fin salvaguardar el interés del menor. La administración del patrimonio protegido del menor y la representación de su persona son de las funciones más reservadas a los titulares de las funciones parental y tutelar, también en los ordenamientos jurídicos del entorno, a salvo determinadas previsiones en los derechos alemán y neerlandés y, sólo para el caso de la representación legal del menor, también en el derecho aragonés. Por otro lado, se debe garantizar la autonomía del menor para realizar los actos relativos a su persona y bienes correspondientes a su edad; en lo que no puedan, se debe completar su capacidad con la asistencia, y finalmente, se les debe representar cuando sea lo más conveniente para él. En definitiva, existiría una presunción de capacidad, unas excepciones a su capacidad y, como cláusula de cierre, una de falta de capacidad, cuando quede acreditado que la actuación del menor le perjudicaría.

2. En la jurisprudencia del TS es posible hallar alguna decisión a favor de que el cónyuge del progenitor responda civilmente por los daños ocasionados por el hijo no común menor de edad, por cuanto se pueda entender que realiza una

verdadera “guarda”, si bien es un tema muy discutido y su estudio profundo no corresponde al objeto de la presente tesis.

NOVENA. SOSTENIMIENTO DEL HIJO NO COMÚN.-

1. El sostenimiento del hijo no común se configura, principalmente, como un deber conyugal de contribuir a las cargas del matrimonio en el Código Civil y nunca como un verdadero deber de alimentos. Esta solución es bastante común en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, el alemán o el suizo, mencionen o no de forma expresa a los hijos no comunes.

   De este modo:

   a. Los gastos para la alimentación y educación de los hijos no comunes son gastos de la familia, siempre que éstos convivan en el hogar familiar formado por un matrimonio, con independencia de la edad del hijo y del régimen económico del matrimonio (cfr. art. 1318 CC).

   b. Los gastos para la alimentación y educación de los hijos no comunes son, además, gastos a cargo de la sociedad de gananciales, de haberla, con independencia de la edad del hijo y de la naturaleza de la obligación. Si media convivencia, estos gastos serán carga o deuda de la sociedad. En caso contrario, serán responsabilidad, lo que supondrá un derecho de reintegro en el momento de la liquidación a favor del cónyuge no progenitor (cfr. art. 1362.1.2.º CC).

2. Por un lado, se entiende que la segunda solución, dispuesta únicamente para el régimen de gananciales, debe mantenerse tal como está, dadas las -lógicamente- mayores consecuencias de este régimen, tanto en relación a las ganancias, como a las deudas de los cónyuges, derivadas de la existencia de una comunidad de bienes.

   En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que debe compatibilizarse el art. 1347 CC, que determina la ganancialidad de los bienes obtenidos por el trabajo e industria de cada uno de los cónyuges (única fuente de ingresos en la mayoría de las ocasiones) con el deber de los padres del art. 154 CC de alimentar a todos sus hijos menores, con independencia de que convivan o no con ellos. Ello justifica la responsabilidad de la sociedad de gananciales respecto a estos alimentos en todos los casos, conviva o no el hijo en la familia reconstituida.

   El hecho de que además de responsabilidad se configure como carga si el hijo no común convive con ellos, es que cuando se contrae matrimonio y el cónyuge ya tiene una familia, si conviven todos juntos, todos constituyen una familia y eso es

aceptado por los cónyuges, aunque sea como condición para ser familia ellos dos. Esta aceptación es doble: 1.º) por vivir junto con estos descendientes no comunes, y 2.º) por contraer matrimonio, que conlleva mayores consecuencias jurídicas que la unión de hecho. Esto es así en la esfera personal (cfr. art. 68 *in fine* CC) y debe ser igual para la esfera patrimonial. Por otra parte, debe añadirse como justificación, que esta carga de la sociedad de gananciales se relaciona con el correlativo deber del hijo no común de contribuir a las cargas familiares con su patrimonio.

Es evidente que, si los hijos no comunes no conviven con el matrimonio, el sostenimiento de los mismos como deuda de la sociedad de gananciales carece de justificación.

3. Partiendo de lo anterior, no debe extenderse, tal cual, esta responsabilidad para todos los regímenes económico-matrimoniales. Esta idea debe matizarse:

   a. Se debería introducir alguna modificación en el artículo 1318 CC, que contiene la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio:

      - Debería incluir, expresamente, el sostenimiento de los hijos no comunes entre esas cargas del matrimonio, pero con las siguientes condiciones, que la distinguen de los gastos del artículo 1362.1.2.º CC:

         i. Que el hijo no común resida en el hogar familiar, con independencia de su edad. La edad es indiferente cuando hay convivencia, porque el fundamento de la obligación se halla en la convivencia en el hogar familiar. Se podría exigir, además, en el caso de ser mayor de edad, que éste no hubiera incumplido su obligación de contribuir a las cargas de la familia (cfr. art. 155.2.º CC) en un momento anterior, de haber estado en condiciones de cumplir.

         ii. La responsabilidad en el sostenimiento de los hijos no comunes mayores de edad que conviven fuera del hogar familiar no queda justificada en ningún caso cuando no hay ganancialidad.

   b. Parece adecuado que la obligación de contribuir a estos gastos en concepto de cargas de la familia venga configurada como tal, que ya tiene la naturaleza jurídica de deber, y no sólo de responsabilidad de la sociedad conyugal o de los bienes de los cónyuges, del mismo modo que lo contenido en el artículo 155.2.º CC es un deber para los hijos de la familia. Sin embargo, se debe

precisar que el del artículo 1318 CC es un deber conyugal con base en la convivencia. Por tanto, tal vez sería adecuado incluir, a propósito de los efectos del matrimonio, el deber de los cónyuges de contribuir a las cargas de la familia y no limitarse a contemplarlo en sede de regímenes económico-matrimoniales.

La solución anterior, aplicable durante la vigencia del matrimonio, protegería a los hijos no comunes de toda familia matrimonial con independencia del régimen económico escogido por los cónyuges. El alcance del sostenimiento de los hijos no comunes ha de ser necesariamente la misma que para los hijos comunes, puesto que no se puede realizar un trato discriminatorio por cuanto son también de gastos realizados para el sostenimiento de la familia.

Se debe aclarar que, en principio, si el hijo recibe alimentos de su progenitor, carece de sentido establecer esta obligación para el cónyuge de uno de sus progenitores. No obstante, el legislador puede optar por incluir al cónyuge del progenitor y al hijo del cónyuge entre las personas obligadas legalmente a prestarse alimentos; del mismo modo, puede decidir si comprender a los hijos no comunes con independencia del régimen económico-matrimonial elegido por los cónyuges para regular su matrimonio. Sin embargo, no parece que sea conveniente establecer la obligación de alimentos entre parientes por afinidad, y sobre lo segundo ya se ha hecho una propuesta.

c. En caso de que el matrimonio se disuelva, algunos ordenamientos jurídicos han establecido la obligación del cónyuge del progenitor de hacerse cargo de la mitad de los gastos de manutención del menor siempre que, durante la vigencia del matrimonio, éste se hiciera cargo de ello habitualmente. En este caso, sería conveniente requerir un período mínimo de convivencia entre éste y el menor y un límite temporal máximo de cumplimiento de esta obligación, tal y como ha propuesto un sector de la doctrina estadounidense. Sin embargo, el establecimiento de la obligación de mantener a los hijos del cónyuge tras la disolución del matrimonio, ya sea *ex lege* o mediante decisión judicial, no termina de encontrar una justificación en derecho español.

4. En resumen, no parece conveniente regular un deber de manutención *ope legis* si no media *status filiationis* o parentesco de consanguinidad -en los casos que contempla el CC-, ni tampoco dar poderes al juez para su establecimiento[895].

[895] En especial en caso de divorcio. En el supuesto de muerte del cónyuge progenitor, de considerarse su regulación, habría que distinguir entre los casos en que venía manteniendo al menor en vida del progenitor y los que no, requerirse una absoluta desprotección del menor y, tal vez, valorar que este deber esté limitado únicamente a un período de tiempo determinado. No obstante, en caso de muerte del progenitor, el menor no tiene por qué quedar desprotegido ya que: a) de tener otro

Actualmente, según las reglas del Código Civil, es posible celebrar un contrato de alimentos que obligue al cónyuge o excónyuge del progenitor a su prestación, pero no es la solución idónea, por cuanto los contratantes pueden ser cualesquiera personas. En otras palabras, la norma no está pensada para estos casos y, además, el contrato de alimentos se somete a un régimen jurídico complejo. Sin embargo, parece una buena idea dejar su libre regulación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sobre todo porque se trata de una cuestión beneficiosa para el menor. Es un modo más de garantizar que no va a quedar desamparado y, por ello, no parece necesaria la intervención del otro progenitor del menor en este caso. En su caso, este pacto podría incluirse dentro del posible contenido del convenio regulador del divorcio, o incluso de unas capitulaciones matrimoniales antes o después de contraer matrimonio, en previsión de muerte del cónyuge progenitor. Estaría pues, sometido a las reglas previstas para ese tipo de instrumentos jurídicos y, por tanto, el pacto podría ser válido sin intervención del juez para los negocios que no lo requieran, pero los refrendados judicialmente, como el convenio regulador, tendrían efectos frente a terceros.

DÉCIMA. CONTRIBUCIÓN DEL HIJO NO COMÚN A LOS GASTOS DE LA FAMILIA.-

1. El deber de contribución de los hijos no comunes al levantamiento de las cargas de la familia está previsto de dos formas en el Código Civil:

   a. Como deber de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, de forma equitativa y mientras convivan con ella (cfr. 155.2º CC).
   b. Como derecho de los padres a destinar los frutos de los bienes del menor y de lo que adquiera con su trabajo o industria al levantamiento de las cargas familiares, siempre que convivan (cfr. 165.2º CC).

   Se considera que el deber del artículo 155.2.º CC tiene su justificación en las siguientes razones:

      i. Es de justicia que todos los hijos de la familia, con independencia de su origen y de su edad, colaboren con los gastos del hogar por ser miembros de esa familia.

---

progenitor con funciones parentales, éste se hará cargo, y si no debe pedirse la privación de la patria potestad con la consiguiente constitución de la tutela del menor; b) de carecer de progenitores, deberá constituirse la tutela, a través de la cual puede ser nombrado, como se sabe, el cónyuge del progenitor que tuviera una relación familiar con el menor, y si no lo será otro familiar del menor, persona cercana o el Estado. No parece razonable una situación en la que tenga que ser el cónyuge del progenitor quien sufrague los gastos de manutención del menor, fuera de los casos de asignación de la guarda temporal en interés del menor (cfr. art. 158 CC) o de su nombramiento como tutor.

ii. Es la justa contrapartida a los deberes correspondientes a los cónyuges, ubicados en los artículos 1318, 1362.1.2.º y 1438 CC.

iii. En relación a sus progenitores, todos los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su origen (cfr. art. 39.2.º CE). Es cierto que no son hijos del cónyuge del progenitor, pero en tanto vivan con uno de los progenitores, éste tiene los mismos derechos y deberes para con todos sus hijos, los haya tenido con su actual cónyuge con el que convive, con el anterior o con cualquier otra persona.

2. En mi opinión:

   a. <u>El artículo 155.2.º CC debería, además</u>:

      i. Hacer referencia expresa a los hijos comunes y a los no comunes, para no dar pie a dudas y para adecuar la redacción del Código Civil a los nuevos modelos de familia.

      ii. Incluir la referencia al trabajo de los hijos en la casa y en el negocio familiar, dada que la expresión "según sus posibilidades" es un poco ambigua. De este modo, además, el precepto tendría una clara naturaleza económica y personal, y no sólo económica, aproximándose al correspondiente deber regulado por los legisladores aragonés y catalán.

      Con estas modificaciones, el Código Civil adoptaría la solución dada por el CCCat.

   b. <u>El artículo 165 CC debe permanecer tal y como está</u>, sin referencias al cónyuge del progenitor, una vez que se ha establecido la conveniencia de que la administración de los bienes de los hijos siga siendo una función inherente a la patria potestad y a la tutela. Además, el actual tenor del artículo no presenta ningún inconveniente, ya que se contempla el caso de que el menor resida con sólo uno de los progenitores, circunstancia que engloba los hogares reconstituidos.

   Este es un tema interesante y difícil, pero debe ser tenido en cuenta, a pesar de su dificultad, ya que se pretende regular la pacífica convivencia en el seno de las familias reconstituidas. Es justo que todos sus miembros participen en el sostenimiento de la familia, de acuerdo con sus posibilidades de trabajo y económicas. Si uno está en una familia, debe contribuir a sus gastos -tanto si le conviene como si no-. Y no hay duda que la familia reconstituida es una familia. No obstante, se trata de un tipo de solidaridad familiar sin rango constitucional.

   En virtud del principio de solidaridad, se concluye que el significado del deber es que todos los miembros de la familia contribuyan para con todos. Se cuestiona si

sería razonable que un menor con patrimonio contribuyera a pagar los gastos del cónyuge de su progenitor y de los hijos de éste -que no lo son de su progenitor-, que no tienen recursos económicos, por el hecho de convivir con ellos. Y más aún porque, lo que este hijo sufrague de forma equitativa dentro de sus posibilidades, no será objeto de reembolso. El *quid* de la cuestión está en lo de "contribuir equitativamente". El hecho de que un hijo de la familia tenga patrimonio y el cónyuge de su progenitor y/o los hijos propios de éste no los tengan, no conlleva una obligación para el primero de sufragar todos los gastos de la familia. Parece que deberá contribuir en la proporción que le corresponda -y exclusivamente a gastos comunes- y, si con eso no alcanza, en ningún caso entraña una obligación de colaborar más. No debe olvidarse que los cónyuges tienen sus propias obligaciones, tanto para con sus hijos menores, como para con el régimen económico matrimonial. Otra cosa serían los alimentos que pudiera deber el hijo a su progenitor, pero sólo a él, ya que, se debe recordar, los parientes por afinidad no pueden ser acreedores de alimentos *ex* art. 142 y ss. CC.

CONCLUSIONI

PRIMA. PROTEZIONE COSTITUZIONALE DELLA FAMIGLIA.-

1. La famiglia è un fenomeno sociale difficile da definire data la sua natura mutevole, il che significa che il concetto di famiglia differisce in ogni momento e luogo. Anche nella stessa posizione spazio-temporale, ogni disciplina ha la sua visione della famiglia, e all'interno della sfera legale, ogni branca della legge e, ancora di più, ogni norma legale delimita ciò che la famiglia capisce per i propri scopi.
2. La Costituzione spagnola non definisce la famiglia, che è una mossa saggia, poiché ciò che la CE cerca è la protezione di tutte le famiglie (cfr. Art. 39) e questo è garantito senza la rigidità che supporrebbe un concetto ben definito. È ideale che ogni famiglia sia tutelata costituzionalmente, nonostante i decenni e la sua costante trasformazione.
3. La Costituzione spagnola configura l'istituzione familiare su tre pilastri fondamentali: famiglia nucleare, famiglia plurale e famiglia con esclusivo interesse privato dei suoi membri. In questo modo, a partire dalla famiglia nucleare come archetipo familiare, vengono protette e promosse sia la formazione che la continuità di tutti i tipi di modelli familiari e si comprende che l'interesse a proteggere le famiglie è, in particolare, in quanto è il gruppo più adatto all'esercizio e al pieno sviluppo dei diritti fondamentali delle persone che ne fanno parte.
4. La Costituzione spagnola stabilisce una dicotomia tra i concetti - e le istituzioni - di matrimonio e famiglia, che sono stati tradizionalmente inseparabili. Da un lato, protegge tutte le famiglie, indipendentemente da qualsiasi altra condizione (cfr. Art. 39.1 CE). D'altro canto, offre un vantaggio in più alla famiglia fondata sulla base del matrimonio, proteggendo l'esistenza dell'istituzione matrimoniale e garantendo la riserva di legge a determinati aspetti del matrimonio.

SECONDA. SUPERIORITÀ DELL'INTERESSE DEL MINORE.-

Tutte le norme legali che riguardano i minori, nonché qualsiasi processo amministrativo o giudiziario che coinvolge minori, devono rispettare il principio dell'interesse superiore del minore e, in particolare, l'audizione del minore che abbia un giudizio sufficiente e, in tutto caso, quando hai più di dodici anni. L'interesse superiore del minore è, tra le altre cose, un concetto giuridico indeterminato che non è né specificato nella legge né dovrebbe esserlo, poiché cerca di specificare ciò che è vantaggioso per un concreto minore in un caso

specifico. Il superiore interesse del minore è quello che è e non dipende dal giudice. Il giudice deve capirlo dai dati e dalla valutazione delle prove nel processo, per il quale gode di una certa discrezionalità - quella che caratterizza i concetti giuridici indeterminati - ma deve muoversi entro il margine stabilito dalla legge, che distinguere questa tecnica dall'arbitrarietà.

TERZA. PLURALITÀ DI MODELLI FAMILIARI.-

1. Criteri di classificazione.- C'è una pluralità di modelli familiari nell'attuale società spagnola. Un modo di raggruppare questi modelli è fondato sulla base del matrimonio o della semplice coabitazione tra la coppia, e all'interno di entrambi i gruppi si possono distinguere le famiglie costituite da persone dello stesso sesso o di sesso diverso e le c.d. famiglie ricostituite. Inoltre, nel gruppo di famiglie formato sulla base della coabitazione, ci sono famiglie con un solo genitore. La casistica è così varia che ci sono più tipi di famiglia all'interno di ogni modello di famiglia.
2. Regime giuridico.- Il regime giuridico dei rapporti familiari tra i membri di tutte queste famiglie è definito, tranne nel caso di famiglie ricostituite, sia sulla base del matrimonio che della convivenza. I rapporti tra genitori e figli e i rapporti tra coniugi hanno i loro regolamenti. I rapporti tra i membri della coppia di fatto o dell'unione registrata non sono stati regolati nel Codice Civile, ma praticamente in tutte le comunità autonome della Spagna - in molti casi, ci sono solo regolamenti amministrativi; in altri casi sono anche previste disposizioni di natura sostanziale -. Ma i rapporti tra gli altri membri delle famiglie ricostituite non hanno una propria regolamentazione nel Codice Civile spagnolo.
3. Famiglie ricostituite.- Le famiglie ricostituite sono famiglie in cui uno dei genitori incorpora uno o più figli di un precedente rapporto. Sono i meno studiati da qualsiasi disciplina, ma soprattutto sul piano giuridico. Per questo motivo, nel suo studio, sono interessanti i dati offerti soprattutto dalla sociologia, ma anche dalla demografia, dall'antropologia o dalla psicologia. Anche i dati statistici sono molto preziosi, in quanto indicano un numero crescente di divorzi, che è la causa principale della ricostituzione familiare. Poiché non esiste solo un tipo di famiglia ricostituita, ma la casistica è molto diversificata, è impossibile - o, almeno, sconsigliabile - offrire una risposta unitaria a tutti loro.

CUARTA. Famiglie ricostituite sulla base del matrimonio.-

1. Delimitazione.- Tra tutte queste famiglie, bisogna iniziare studiando quelle ricostituite sulla base del matrimonio, perché esiste qualche altra regola da cui partire, sebbene le disposizioni siano generalmente scarse. Inoltre, non è

materialmente possibile studiare tutti i rapporti familiari che si verificano all'interno delle famiglie ricostituite in un unico lavoro. Tra tutti questi rapporti, quello che sorge tra il coniuge del genitore e il figlio minorenne del suo coniuge sembra essere quello che solleva i problemi più pratici, e quindi è questo rapporto che costituisce l'oggetto centrale della presente tesi di dottorato.

2. Complessità.- Le famiglie ricostituite sulla base del matrimonio presentano vari problemi terminologici (in generale, c'è insoddisfazione riguardo ai termini in tutti i paesi, sia per designare il modello familiare, sia per i rapporti tra alcuni dei suoi membri), varia casistica (in cui sono influenzati dal modello della prima famiglia, dall'esistenza o meno di figli di entrambi i coniugi, dall'orientamento sessuale della coppia o dal tipo di legame che li unisce, tra molte altre condizioni) e da una regolamentazione giuridica insufficiente e frammentaria nel diritto spagnolo e nel diritto dell'UE (perché non tutti i rami dell'ordinamento giuridico hanno lo stesso concetto di cosa sia una famiglia ricostituita e quelli che la contemplano lo fanno in modo incompleto e poco chiaro, anche se le regole del diritto della previdenza sociale si distinguono perché questa è una disciplina molto protettiva), il che lo rende un fenomeno molto complesso.
3. Condizioni di base.- Per quanto riguarda i rapporti giuridici tra i membri delle famiglie ricostituite, molti dubbi e domande sono stati sollevati nella dottrina legale. Per la loro identificazione come famiglie ricostituite sulla base del matrimonio, devono essere presenti presupposti essenziali di convivenza tra i loro membri e l'esistenza di legami, nel cui studio gli studi socio-antropologici sulle famiglie ricostituite sono di grande valore.

   La convivenza tra il minore e il coniuge del genitore è essenziale per giustificare che la legge disciplini il rapporto giuridico che si instaura tra di loro. Durante questa convivenza, il coniuge del genitore può assumere ruoli diversi rispetto al minore, che vanno dal non occupare alcun ruolo nella loro vita a diventare praticamente una madre o un padre. Tipicamente, il coniuge del genitore ha il ruolo di assistente nelle funzioni educative e genitoriali del figlio minorenne del coniuge, data la concomitanza di entrambi i genitori nella vita del minore nella maggior parte delle famiglie ricostituite.

   D'altra parte, sono necessari una serie di legami familiari, tra cui il rapporto coniugale tra i coniugi e il rapporto di filiazione tra il genitore e i loro figli, ma deve esserci anche un legame tra il minore e il coniuge del genitore. Tra loro c'è una specie di vincolo di affinità, che ha effetti legali limitati. Non esiste un criterio unitario sul fatto che la morte del coniuge-genitore dissolva il vincolo di affinità, anche all'interno della Corte Suprema, e la Prima Sezione non si è

pronunciata su di esso. Allo stesso modo, esiste un rapporto sociale tra i due, ma a differenza del vincolo di affinità, ciò non costituisce un vero legame giuridico.

4. Finalità.- Il problema che deve essere risolto dalla legge su cui si concentra questa tesi di dottorato non è quello di assegnare le funzioni proprie del genitore al coniuge, indipendentemente dal fatto che svolgano o meno questo ruolo nella pratica, ma semplicemente di regolare i rapporti del coniuge del genitore che vive con i figli minorenne dell'altro per rendere possibile la convivenza e, come potrebbe essere altrimenti, per favorire e proteggere il minore, il bambino agisce "socialmente", o no, come madre o padre.

QUINTA. METODOLOGIA.-

Gli aspetti del rapporto familiare tra il minore e il coniuge del genitore possono essere classificati in due sfere: personale e patrimoniale. La prima comprende la presa in carico e la cura del minore e il mantenimento dei rapporti familiari dopo lo scioglimento del matrimonio o la morte del coniuge-genitore; la seconda comprende l'amministrazione dei beni del minore, il suo sostegno e il suo contributo al mantenimento della famiglia.

La metodologia utilizzata per questo studio è stata l'analisi di alcuni precetti del Codice Civile spagnolo che contengono alcune disposizioni al riguardo, dichiarazioni giudiziarie della Corte suprema e di altri tribunali inferiori, i contributi della dottrina scientifica e l'uso della legge comparata come il metodo più prezioso, poiché da esso vengono estratte varie soluzioni.

Nelle seguenti conclusioni ciascuno di questi aspetti sarà esposto individualmente, già trattato nel corpo di questa tesi, sia legalmente che dottrinalmente e giurisprudenzialmente dal punto di vista di *lege data*, a cui verranno aggiunti per ciascuno di essi le proposte di *lege ferenda*, che costituisce il nucleo di questa tesi di dottorato.

SESTA. CURA DEL FIGLIO MINORENNE DEL CONIUGE.-

1. Dal regolamento del Codice Civile si ricava che:
    a. Il Codice Civile non ha previsto espressamente che, in situazioni di urgente necessità, il coniuge del genitore che è effettivamente responsabile del minore, anche momentaneamente, adotti le decisioni pertinenti per la sua protezione o per risparmiare un danno al minore.

b. Esiste un dovere coniugale che sembra estendersi, tra l'altro, alla collaborazione con il coniuge nei compiti di cura e assistenza dei propri figli, di contenuto personale (cfr. Art. 68 in fine CC).

c. Non vi è spazio per la delega dell'esercizio delle funzioni genitoriali (ma non un altro tipo di delegazione, come quella fatta a proposito della "guarda administrativa"), in tutto o in parte, e, naturalmente, non vi è nemmeno alcun trasferimento della titolarità di tali funzioni.

2. Alla luce dei precetti del Codice Civile è possibile porre alcune ipotesi:

   a. È data la possibilità che, attraverso l'articolo 158.6.º CC, che consente al giudice di adottare qualsiasi misura per l'adeguata protezione del minore in qualsiasi tipo di processo, la disposizione di cui all'articolo 103.1, par. . 2 ° CC, in materia di provvedimenti provvisori per causa di nullità, separazione o divorzio del matrimonio, vale a dire, l'affidamento è assegnato al coniuge del genitore, con attribuzioni di funzioni di tutela per il loro esercizio, nell'interesse del minore e di natura eccezionale e temporanea.

   b. In caso di decesso, assenza o privazione della responsabilità genitoriale per i genitori del minore, il coniuge del genitore può essere nominato tutore se l'autorità giudiziaria provvede in tal modo al beneficio del minore (cfr. Art. 234.2 CC), sia da esclusione di tutte le altre persone dall'elenco o perché corrispondeva a lui in seguito all'ordine, o perché il giudice ha modificato tale ordine, dopo essere stato designato per esso dai genitori nelle ultime due cause (cfr. art. 234.1.4. º CC).

3. Tra gli ordinamenti giuridici dell'ambiente, alcuni scelgono di concedere i poteri propri dei genitori, mentre altri riconoscono la possibilità di condividere, se del caso, quelli del coniuge.

4. Proposte normative.- L'analisi della regolamentazione del Codice Civile e del diritto comparato conclude una serie di domande, in attenzione all'interesse del minore e in vista di una futura regolamentazione di diritto comune. Successivamente, vengono avanzate alcune proposte in merito all'attribuzione delle funzioni genitoriali al coniuge del genitore. Per questo, viene fatta una divisione sistematica per soggetti.

1.º) Fonte di attribuzione delle funzioni

L'assegnazione delle proprie funzioni al coniuge del genitore che vive con il minore o, se del caso, dell'esercizio delle funzioni genitoriali, può essere svolta in tre diversi modi di base: può essere fatta *ope legis*, attraverso un accordo tra le

parti o in virtù di una decisione giudiziaria. Nel primo caso, il vantaggio è la velocità con cui si sviluppano i suoi effetti; nel secondo caso, viene riconosciuta l'autonomia della volontà degli interessati, che in ogni caso deve essere soggetta a limiti, e nel terzo caso, è garantito che si svolgano le audizioni dei genitori del minore e, se del caso, del minore stesso. In generale, l'intervento giudiziario garantisce meglio la tutela dell'interesse del minore. L'opzione di stabilire *ope legis* i poteri genitoriali non sembra essere la più prudente - vista la varietà tipologica delle famiglie ricostituite - né la più garantita per il miglior interesse del minore. Tuttavia, avrebbe il vantaggio della sua opponibilità ai terzi. Tuttavia, il coniuge non genitore dovrebbe essere riconosciuto a condizione che abbia il potere di prendere decisioni in merito alla persona del minore in caso di pericolo imminente. Naturalmente, avresti l'obbligo di informare il genitore del minore il prima possibile.

A mio avviso, può essere positivo dare ai membri di queste famiglie l'opportunità di regolare i loro rapporti, al fine di offrire certezza giuridica, proteggere gli interessi acquisiti e raggiungere la soluzione più favorevole per i minori. In questo senso, l'opzione del legislatore francese risulta essere una delle più prudenti e più coerenti con il nostro sistema di istituzioni tutelari, poiché il successivo intervento del giudice garantisce anche che l'accordo tra le parti sia verificato in conformità con l'interesse superiore del minore. L'altra alternativa implicherebbe la possibilità di chiedere al giudice di famiglia di concedere questi poteri.

Secondo me, in questo contesto ci sono diverse possibilità. Alcune potrebbero essere determinate dalla legge e altre potrebbero consistere nell'attribuzione da parte dei giudici, facoltativamente, salvaguardando sempre la possibilità della volontà nel caso in cui il coniuge desideri assumere più funzioni, come segue:

A) Sembra opportuno mantenere il dovere coniugale di assistere il coniuge nei compiti di cura e di assistenza delle persone a carico del coniuge -una **norma imperativa**-, con le seguenti modifiche:

    i. esplicito riferimento ai figli del coniuge che, in quanto membri della famiglia del loro genitore, sono anche membri di quella del coniuge, e

    ii. esplicito riferimento al contenuto, almeno generico, di tale cura e assistenza.

B) Il potere del coniuge del genitore che vive con il minore dovrebbe essere regolata per adottare le decisioni necessarie per evitare danni al minore in situazioni di urgente necessità, con comunicazione immediata al coniuge genitore. È quest'ultimo che avrebbe l'obbligo di informare l'altro genitore, se presente. Questa disposizione, **di carattere imperativo**, potrebbe essere prevista dall'articolo 68 *in fine* CC, come un dovere coniugale con effetti *ex lege*. Disposizioni di questo tipo si trovano nel diritto comparato, come nel BGB e nel CCCat. Il limite dell'azione dovrebbe essere fissato prevedendo alcuni requisiti essenziali, che a mio avviso dovrebbero essere i seguenti:

   i. che il minore sia in pericolo imminente;

   ii. che il minore sia affidato alle cure del coniuge del genitore in quel momento e che l'azione non possa essere svolta dal genitore;

   iii. che esista un nesso causale tra l'azione del coniuge del genitore e l'evitamento del danno (necessità), e

   iv. che il coniuge-genitore sia informato dell'azione il più presto possibile.

C) I patti di delega dell'esercizio delle funzioni genitoriali tra i genitori del minore e il coniuge del genitore nell'interesse del minore dovrebbero essere espressamente autorizzati e previsti, al fine di ottenere un'adeguata protezione e promozione di questi ultimi date le condizioni che presentano le famiglie ricostituite – una **norma dispositiva** -. Tali patti dovrebbero soddisfare i seguenti requisiti minimi:

   i. L'intervento di entrambi i genitori - se ce ne sono due - e il coniuge del genitore. E l'intervento del coniuge dell'altro genitore potrebbe anche essere valutato se viene disposto l’affidamento condiviso ai genitori del minore, che sarebbe soggetto al controllo del giudice che potrebbe negarlo se, date le circostanze specifiche del caso, ritiene che un secondo delegatario complichi, piuttosto che favorire, l’esercizio delle funzioni genitoriali.

   ii. Rispetto dei limiti all'autonomia della volontà contrattuale.

iii. Contenuti disponibili: delega -no trasferimento- dell'esercizio -non titolarità- di alcune o tutte le funzioni genitoriali. Questo rispetta la natura irrinunciabile della responsabilità genitoriale.

iv. Garanzia dei diritti del minore di essere informato e ascoltato prima di prendere decisioni su di lui, a condizione che abbia un giudizio sufficiente.

v. Indispensabile approvazione giudiziaria per manifestarne gli effetti, come controllo dell'adeguatezza al miglior interesse del minore e con una relazione obbligatoria del pubblico ministero.

vi. Se non è stato fissato un termine per lo svolgimento delle funzioni o, se è stato fissato, ma si desidera risolverlo in anticipo, sembra opportuno chiedere all'autorità giudiziaria di pronunciarsi sull'estinzione degli effetti dell'accordo, per impedire a una delle parti di essere in grado di cessare unilateralmente i propri obblighi a danno del minore.

D) Per quanto riguarda l'ipotesi di attribuzione giudiziaria della custodia temporanea del minore al coniuge del genitore, che è già possibile in virtù dei poteri conferiti al giudice (cfr. Art. 158 CC), sembra conveniente che debba essere espressamente inclusa tra le misure dell'articolo 158 CC, ogniqualvolta l'interesse del minore lo richieda, nelle seguenti situazioni: a causa della morte di entrambi i genitori, di essere assente o privato della responsabilità genitoriale, a condizione che la situazione del minore non sia definitivamente risolta da la nomina di un tutore. In nessun caso dovrebbe essere previsto dal semplice fatto dello scioglimento del matrimonio.

Alla morte del genitore affidatario, la soluzione catalana potrebbe essere adottata e la custodia permanente concessa al genitore vivente che ha la responsabilità genitoriale (*praesumptio iuris tantum*), ma anche che l'autorità giudiziaria possa attribuire la custodia al coniuge o al partner del genitore deceduto in caso di che il suo maggior beneficio per il minore sia accreditato. Nel caso in cui non vi sia altro genitore o che sia privato della responsabilità genitoriale, dovrebbe essere istituita la tutela. Inoltre, si dovrebbe considerare la possibilità che il giudice attribuisca la custodia temporanea al coniuge del genitore fintanto che la tutela non è risolta, nell'interesse del minore. Pertanto, **non sarebbe configurato come una regola imperativa, ma il giudice**

avrebbe un certo margine di discrezionalità per il suo accordo, poiché la misura obbedirebbe solo al miglior interesse del minore.

Tra i poteri conferiti al giudice, anche il coniuge del genitore dovrebbe essere espressamente incluso tra quelli chiamati ad essere tutori nell'articolo 234 CC, forse nel numero 5, insieme a discendenti, ascendenti e fratelli. Tra questi, come fa riferimento l'articolo, il giudice può nominarne uno liberamente - con la dovuta motivazione nell'interesse del minore. O forse, anche prima di loro, con espressa menzione del "coniuge del genitore che si è preso cura del minore ininterrottamente per almeno un anno immediatamente prima dell'apertura della tutela". Non sembra molto rischioso, se si pensa che la decisione finale corrisponde al giudice, in attenzione all'interesse del minore concreto. Questa possibilità è, in effetti, un altro modo per rendere più flessibile -o, se si preferisce, più semplice- l'interpretazione di questo concetto giuridico indeterminato.

E) Sia per l'accordo di delega di funzioni sia per l'attribuzione giudiziaria del tutore del minore, il dovere correlativo di obbedienza del minore deve essere legalmente specificato, bilancio necessario per l'adeguato svolgimento delle funzioni nell'interesse del minore. Il dovere del rispetto è reciproco ed è dovuto semplicemente per essere una persona, ma il dovere del rispetto tra i membri della famiglia dovrebbe essere generalmente espresso per il fatto di vivere insieme[896]. Questi doveri avrebbero un **carattere imperativo**.

2.º) Circostanze in cui è possibile l'attribuzione di funzioni

Anche in questo caso, occorre fare una distinzione tra l'attribuzione di funzioni per delega o per risoluzione giudiziaria:

A) Delega di funzioni: sembra conveniente limitare la conclusione di questi accordi ai casi in cui il terzo delegatario è il coniuge del genitore e vive con il minore; Nel caso della coppia di fatto, potrebbe essere incluso se viene stabilito un

[896] Pertanto, il dovere di obbedienza dei figli minorenni verso il coniuge del genitore vivente si baserebbe sia sul fatto di vivere insieme sia sulle funzioni riconosciute al coniuge del genitore. La seconda è una conseguenza logica e necessaria dell'attribuzione di queste funzioni, ma la prima sembra la più giusta e raccomandabile per una convivenza pacifica: se un figlio, minorenne o maggiorenne, vive nella casa di famiglia composta da uno dei loro genitori e una terza persona, questo "terzo" deve essere in grado di stabilire determinate regole di convivenza e ricevere un rispetto che, d'altra parte, deve essere reciproco. Va ricordato che i soggetti che compongono una famiglia ricostituita, provenienti da famiglie diverse, hanno regole, abitudini e una visione della "normalità" diverse.

periodo minimo di convivenza con il minore - un anno -, al fine di evitare che uno dei genitori deleghi le funzioni genitoriali a una persona estranea al minore e la cui coesistenza può non essere continua e duratura. Inoltre, la delega non dovrebbe essere consentita nei casi in cui i genitori possano svolgere queste funzioni da soli nei tempi a cui si riferisce la delega.

B) Attribuzione giudiziaria delle funzioni: secondo la normativa vigente, sarebbe possibile assegnarla a qualsiasi persona nell'interesse del minore; tuttavia, l'inclusione espressa di questa figura e del suo regolamento sono stati proposti anche nella sede di misure definitive. In questo caso, detta menzione esplicita dovrebbe essere limitata al coniuge del genitore e al partner (se la coppia è stata registrata) che ha vissuto con il minore per almeno un anno - in entrambi i casi -.

3.º) Ambito dei poteri attribuiti al coniuge del genitore

È necessario fare riferimento sia al contenuto dei poteri attribuiti al coniuge del genitore, sia alla loro natura. Per quanto riguarda quest'ultimo, si deve stabilire se si tratta di funzioni esercitate di per sé o basate su quelle del coniuge.

A) Delega di funzioni:

i. Natura: in questo caso, le funzioni delegate sarebbero quelle dei genitori, ma una volta delegate, il loro esercizio corrisponderebbe al delegatario. Potrebbe agire *motu proprio* nell'interesse del minore. I genitori continuerebbero a mantenere l'esercizio di poteri non delegati. Dovrebbe essere previsto anche l'esercizio condiviso delle stesse funzioni, soggetto alle stesse regole dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale da parte dei genitori. Le azioni del delegatario sarebbero opponibili ai terzi in buona fede. Questione diversa è che il delegatario deve quindi rispondere internamente.

ii. Contenuto: in ogni caso, dovrebbe essere consentita la delega di funzioni di contenuto personale, poiché si tratta principalmente di occuparsi dell'assistenza della persona del minore nei momenti in cui è necessario. La rappresentanza del minore, l'amministrazione dei suoi beni e il diritto di assentire all'adozione dovrebbero essere riservati esclusivamente ai genitori (quest'ultima disposizione è comune a tutti gli ordinamenti giuridici studiati) e, se non potessero esercitarli, ciò che corrisponderebbe sarebbe la costituzione di una tutela (o di una amministrazione di sostegno, se applicabile).

B) Attribuzione giudiziaria delle funzioni:

i. Natura: le funzioni di tutela attribuite dal giudice avrebbero origine nella stessa decisione giudiziaria, poiché d'altra parte non esiste un titolo legale o contrattuale. Sarebbero funzioni svolte sotto la supervisione del giudice e a titolo temporaneo. Le sue azioni dovrebbero essere opponibili ai terzi in buona fede.

ii. Contenuto: queste funzioni avrebbero il contenuto e l'estensione che l'autorità giudiziaria determini nella sentenza, che potrebbe essere qualsiasi di quelli inclusi nelle funzioni del tutore.

4.º) Estinzione delle funzioni

A) La rinuncia alle funzioni da parte del coniuge del genitore dovrebbero essere consentita per tutti i casi indicati nel primo cardinale - data la diversa natura di quest'ultime e la responsabilità genitoriale - a condizione che la sua rinuncia non comporti danni al minore e potendo rinunciare non appena cessò il rischio di danni e, tranne, ovviamente, i compiti di assistenza che avevano origine nel dovere coniugale dell'articolo 68 *in fine* CC. I doveri coniugali non possono essere soppressi, sebbene i consorti possano concordare le modalità e il grado del loro adempimento. Un atto o impresa legale in virtù del quale un tentativo di eludere l'adempimento di questo dovere sarebbe nullo.

B) È inoltre necessario prevedere la possibilità di rimuovere giuridicamente il coniuge del genitore da tali funzioni, almeno se l'interesse del minore lo richiede. Il giudice, su richiesta dell'interessato o del pubblico ministero, potrebbe essere autorizzato a privare il coniuge del genitore delle sue funzioni se viene dimostrato che la sua azione danneggia o ha danneggiato il minore o che la sua continuazione nell'esercizio delle funzioni già non è nel miglior interesse del minore.

5.º) Conseguenze *ad futurum* (morte del genitore, separazione o divorzio dei coniugi ...)

D'altra parte, si dovrebbe stabilire se lo scioglimento del matrimonio del genitore e del coniuge rappresenti la fine o, se del caso, l'alterazione del rapporto tra quest'ultimo e il minore.

A) Se si separano o il matrimonio si dissolve, il consorte non genitore dovrebbe essere privato di tali poteri a causa della mancanza di convivenza, che è il bilancio che ha reso possibile la loro determinazione. Nel caso dell'attribuzione giudiziaria delle funzioni, tuttavia, si presume che il coniuge del genitore abbia la custodia esclusiva del minore, quindi questa contingenza è irrilevante.

B) Ora, se il matrimonio viene interrotto a causa della morte del coniuge genitore, ciò che dovrebbe succedere dopo dovrebbe essere regolato: se l'affidamento dei figli del coniuge cade sul coniuge superstite, se l'altro genitore recupera la responsabilità genitoriale, se esiste, o se l'affidamento è concesso ad altri parenti dei minori. Nel caso dell'attribuzione giudiziaria delle funzioni, questa eventualità non cambia nulla. Tuttavia, nel caso dell'accordo di delega, si propone che, se esiste un genitore vivente con funzioni genitoriali, la custodia del minore dovrebbe tornare da lui, a meno che non sia dimostrato nel corrispondente processo giudiziario che il più conveniente per il minore è stare con il coniuge del suo genitore premorto. Tuttavia, se il genitore vivente è privato o escluso dalla responsabilità genitoriale, il minore dovrebbe rimanere con il coniuge dell'altro genitore fino a quando non sarà risolta una misura più definitiva sulla loro cura.

L'assenza di una regolamentazione giuridica dei rapporti familiari tra il minore e il coniuge del genitore è indesiderabile poiché, tra l'altro, costituisce un problema di mancanza di certezza del diritto. L'assunzione fattuale delle funzioni genitoriali da parte di molte di queste persone è inevitabile e da ciò derivano problemi, quindi l'intervento del coniuge del genitore dovrebbe essere necessario solo per proteggere e promuovere l'interesse del minore in determinati momenti, oppure su base continuativa - ma non permanente - a condizione che non sia istituita la tutela o l'istituzione per la protezione del minore.

6.º) Requisiti procedurali per l'attribuzione di funzioni

A parte i requisiti che potrebbero essere stati elencati nel precedente ordinale, ci dovrebbe essere, in ogni caso, una serie di condizioni minime in qualsiasi processo relativo all'attribuzione delle funzioni genitoriali al coniuge del genitore, sebbene debbano essere qualificate in base al tipo procedurale:

A) Procedura per l'approvazione giudiziaria di un accordo di delega:

i. Ascolto del minore: purché sia abbastanza maturo, e comunque dopo aver raggiunto i dodici anni. Tuttavia, il suo consenso non sarebbe necessario se l'autorità giudiziaria deducesse dal set di dati che l'approvazione dell'accordo è migliore per la protezione e promozione del minore.

ii. Rispetto dell'interesse del minore.

iii. Ascolto dei genitori e del coniuge delegatario: il processo potrebbe essere sollecitato da qualsiasi sottoscrittore del patto, ma il giudice dovrebbe ascoltare tutte le parti interessate, anche se ci fosse un genitore che non aveva la responsabilità genitoriale.

iv. Consenso solo dei genitori titolari della responsabilità genitoriale e del coniuge delegatario: poiché gli accordi non avrebbero sviluppato i loro effetti fino a quando non fossero stati approvati dall'autorità giudiziaria, sembra che tutti gli adulti coinvolti, al momento di essere ascoltati, dovrebbero ratificare il consenso già prestito. In ogni caso, un eventuale risarcimento potrebbe essere preso in considerazione nel caso in cui nessuno di essi non sia stato ratificato nella fase giudiziaria, nei casi in cui i danni siano stati derivati da tale rifiuto. D'altra parte, non credo che la sottomissione all'approvazione giudiziaria di un patto a cui uno dei genitori non abbia partecipato, né il loro successivo consenso in tribunale, dovrebbe essere ammessa, poiché ciò potrebbe promuovere azioni in mala fede, in cui uno dei genitori ha cercato di costringere l'altro a dare il proprio consenso a ciò che non avevano precedentemente concordato o, peggio ancora, a ciò che uno dei genitori non è stato chiamato a concordare.

B) Procedura per l'attribuzione giudiziale delle funzioni di tutela al coniuge del genitore:

i. Audizione del minore: negli stessi termini della procedura precedente.

ii. Rispetto dell'interesse del minore.

iii. Audizione dei genitori e del coniuge del genitore: se ci sono genitori e anche se non sono titolari della responsabilità

genitoriale[897]. Il suo consenso non sarebbe richiesto, solo se il giudice considera la misura come la più conveniente per l'interesse del minore.

Infine, devono essere rispettati alcuni criteri che vengono presi in considerazione quando si determina l'interesse del minore nei processi di attribuzione dell'affidamento dei minori nei processi definiti in questa sezione, e che sono: a) non separare il minore di sua madre in vista della sua giovane età - Principio sesto della Dichiarazione dei diritti del fanciullo - b) la stabilità del minore, che rende consigliabile affidare le sue cure alla persona che ha fatto finora e con cui ha il legame più forte, c) la continuità dei rapporti con entrambi i genitori (cfr. art. 9.3 CRC), che ha il massimo riconoscimento nell'ambito dell'affidamento condiviso; e) il benessere emotivo e affettivo del minore per il suo corretto sviluppo[898].

SETTIMA. MANTENIMENTO DEL RAPPORTO PERSONALE CON IL FIGLIO MINORENNE DEL CONIUGE.-

1. Il coniuge del genitore ha uno status di persona "vicina" al minore nel Codice Civile, in virtù del quale può chiedere al giudice di stabilire i rapporti personali con il figlio minorenne del suo coniuge (cfr. Art. 160.2.º CC) nel caso in cui questi i rapporti non sono consentiti volontariamente.
   Lo stato attuale della situazione copre il diritto del minore a mantenere un rapporto con il coniuge del genitore con cui ha vissuto, per i seguenti motivi:
   a. Il coniuge del genitore può essere uno di queste persone "vicine", dal momento in cui può trovarsi in tale situazione, circostanza che deve essere controllata dall'autorità giudiziaria caso per caso.

   b. Sebbene si sia comportato come genitore con il minore, non sarà così in tutti i casi, quindi non dovrebbe esserci una menzione generica del coniuge del genitore, né limitare questa cifra stabilendo condizioni legali, come un tempo minimo di convivenza o il matrimonio con il

[897] Dovremmo considerare che, in questi casi, la tutela è attribuita esclusivamente al coniuge del genitore a causa di circostanze che non consentono o non consigliano il suo esercizio da parte dei genitori. Per esempio. può accadere che il coniuge del genitore esorti questo processo a prendersi cura del figlio del coniuge non ancora nato e che il minore non avesse un altro genitore vivente o che questo fosse privato o escluso dalla responsabilità genitoriale.

[898] Questi criteri sono stati riassunti da GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pagg. 31-32.

genitore-, che potrebbe essere controproducente per queste persone, che sarebbero limitate nelle loro possibilità. Sembra più prudente che i rapporti personali debbano essere giudicati *in casu* in via giudiziaria, con la sola attenzione al superiore interesse del minore.

c. Non sembra che abbia bisogno di ulteriori considerazioni in questo settore, dato l'ambito della dottrina della Corte Suprema spagnola, in cui è stabilito che il piano dei rapporti personali può essere più o meno ampio in attenzione ai criteri stabiliti da tale dottrina, fino a diventare quasi simile - ma non uguale - a quello del genitore non affidatario.

d. A differenza dei genitori e degli altri parenti del minore, non si può presumere, in questi casi, che l'interesse superiore del minore sia equivalente al mantenimento di un rapporto con il coniuge o l'ex coniuge del genitore. La *praesumptio iuris tantum* del diritto del minore di avere un rapporto con i primi si basa sul vincolo di parentela, indipendentemente dal fatto che abbia origine nel sangue, nell'adozione o nella volontà, come nel caso delle tecniche di riproduzione assistita, ma in ogni caso da una delle forme di determinazione della filiazione che la legge contempla[899].

2. Si può vedere come quasi tutti gli ordinamenti giuridici analizzati contemplino una disposizione generica per le persone vicine al minore, con le quali il bambino ha già un rapporto personale – diritto comune spagnolo e diritti francese, svizzero, tedesco e olandese -.
3. *De lege ferenda*:
    a. Tuttavia, a mio avviso, il vincolo di affinità di primo grado che esiste tra il minore e il coniuge del genitore dovrebbe essere presa in considerazione, poiché lo status di cui gode il coniuge del genitore può essere determinante quando si tratta di riconoscere il diritto di mantenere rapporti significativi con

[899] Dovremmo ricordare che siamo di fronte al diritto dell'articolo 160.2.º CC, e quando parla di genitori, si riferisce a genitori separati o esclusi dalla responsabilità genitoriale, il cui diritto si basa sulla filiazione e non sulla responsabilità genitoriale. È vero che tra il coniuge del genitore e il minore esiste un vincolo di affinità di primo grado e che, secondo me e gran parte della dottrina e della Terza Sezione della Corte Suprema spagnola, come è noto, almeno la morte del genitore non implica l'estinzione di questo legame; tuttavia, sembra che l'intenzione del legislatore quando parla dei parenti sia quella di garantire il diritto dei consanguinei o, almeno, che rimangano all'interno dei parenti non divorziati legati alla famiglia. Se, ad esempio, gli zii del minore divorziano e l'affine non fa più parte della famiglia, forse dovrebbe essere considerato come una persona vicina al minore che come un parente. In ogni caso, la Corte Suprema non ha quasi avuto l'opportunità di pronunciarsi in caso di parenti.

il minore, in particolare se ci sono altre persone che richiedono anche questo diritto. Inoltre, non sembra esserci alcun motivo reale per dare maggiore importanza al diritto di uno zio, ad esempio, a quello del coniuge del genitore che ha vissuto con il minore, poiché è normale che il minore abbia un rapporto familiare più forte con quest'ultimo, per il tempo della convivenza e soprattutto se ha assunto un ruolo genitoriale. Pertanto, se si accetta che, in caso di decesso o dichiarazione di morte del genitore del minore, non vi è alcuna volontà di porre fine al rapporto, in questi casi il coniuge del genitore dovrebbe essere considerato un parente del minore. Al contrario, in caso di divorzio, se il rapporto di parentela è considerato dissolto, il coniuge del genitore deve essere considerato come una persona vicina al minore. In linea di principio, il tempo trascorso tra la morte del genitore e la richiesta del diritto di rapporti significativi non è un problema, poiché, nel caso di parenti e amici intimi, la soluzione è la stessa: se al momento di fissare la misura non esiste più un rapporto tra i due e il minore si oppone alla sua istituzione, o è dimostrato che la misura è dannosa per il loro interesse, l'autorità giudiziaria non dovrebbe accettarla.

b. D'altra parte, dovrebbe essere presa in considerazione l'opportunità di patti tra le parti, per dare più libertà all'autonomia della volontà, principale garanzia del loro rispetto, con i limiti necessari. È la scelta del legislatore aragonese e anche della legge inglese. In particolare, queste dovrebbero essere le condizioni minime che tali accordi dovrebbero soddisfare, simili a quelli previsti per gli accordi per la delega dell'esercizio delle funzioni genitoriali:

    i. Intervento di entrambi i genitori - se ce ne sono due - e il coniuge del genitore.

    ii. Rispetto dei limiti all'autonomia della volontà contrattuale.

    iii. Rispetto della dignità del minore e non alterare la sua stabilità con il piano concordato.

    iv. Garanzia dei diritti del minore di essere informato e ascoltato prima di prendere decisioni che lo riguardano.

    v. Intervento del pubblico ministero e indispensabile approvazione giudiziaria per manifestarne gli effetti, come controllo dell'adattamento al miglior interesse del minore.

    vi. Se non è stata fissata una scadenza per i rapporti personali o, se è stata stabilita, ma si desidera terminarla in anticipo, sembra

opportuno che l'autorità giudiziaria debba essere chiamata a pronunciarsi sull'estinzione degli effetti dell'accordo, per impedire a una delle parti di poter cessare unilateralmente i propri obblighi a danno del minore. Nel caso in cui il minore sia colui che vuole porre fine al rapporto, non sembra che debba rifiutare, anche se sarebbe necessario verificare se questo rifiuto risponde a una vera volontà del minore.

OTTAVA. ASPETTI PATRIMONIALI DELLA FUNZIONE GENITORIALE.-

1. Le funzioni di rappresentanza dei minori e di amministrazione della loro proprietà corrispondono solo ai titolari della responsabilità genitoriale o, se del caso, della tutela, con l'eccezione relativa ai minori affidati "di fatto" nel diritto spagnolo, in realtà intesa a salvaguardare l'interesse del minore. L'amministrazione del patrimonio protetto del minore e la rappresentanza della sua persona sono tra le funzioni più riservate per i titolari della responsabilità genitoriale e della tutela, anche negli ordinamenti giuridici dell'ambiente, ad eccezione di alcune disposizioni della legge tedesca e olandese e, solo nel caso della rappresentanza legale del minore, anche della legge aragonese. D'altra parte, l'autonomia del minore deve essere garantita per eseguire gli atti relativi alla sua persona e le azioni corrispondenti alla sua età; in ciò che non possono, la loro capacità deve essere completata con l'assistenza e, infine, devono essere rappresentati quando è più conveniente per lui. Ci sarebbe, in breve, una presunzione di capacità, alcune eccezioni alla loro capacità e, come norma di chiusura, una mancanza di capacità, quando sia accertato che l'azione del minore stesso lo danneggerebbe.

2. Nella giurisprudenza della Corte Suprema spagnola è possibile trovare una decisione a favore della responsabilità extracontrattuale del coniuge del genitore per i danni causati dal figlio minorenne del suo coniuge, in quanto si può capire che svolge una funzione di vero "affidamento" (almeno di fatto), anche se è un argomento molto discusso e il suo studio approfondito non corrisponde all'oggetto di questa tesi.

NONA. SOSTEGNO DEL FIGLIO DEL CONIUGE.-

1. Il sostegno del figlio del coniuge è configurato, principalmente, come un dovere coniugale di contribuire ai bisogni della famiglia nel Codice Civile e mai come un vero dovere di mantenimento. Questa soluzione è abbastanza comune in altri

ordinamenti giuridici come l'italiano, il tedesco o lo svizzero, indipendentemente dal fatto che citino o meno espressamente i figli del coniuge.

In questo modo:

a. Le spese per l'alimentazione e l'educazione dei figli del coniuge sono spese familiari, a condizione che vivano nella casa familiare, indipendentemente dall'età del bambino e dal regime patrimoniale della famiglia (cfr. Art. 1318 CC).
b. Le spese per l'alimentazione e l'educazione dei figli del coniuge sono, inoltre, le spese sostenute dalla comunione dei beni, se presenti, indipendentemente dall'età del bambino e dalla natura dell'obbligo. Se c'è convivenza, queste spese saranno un onere o debito della comunione. Altrimenti, saranno responsabilità, che supporranno un diritto al rimborso al momento della liquidazione a favore del coniuge non genitore (cfr. Art. 1362.1.2.º CC).

2. Da un lato, si comprende che la seconda soluzione, istituita solo per il regime patrimoniale di comunione di beni, deve essere mantenuta così com'è, date le conseguenze - logicamente - maggiori di questo regime, sia in relazione ai acquisizioni che ai debiti dei coniugi, derivate dall'esistenza di una comunione di beni.

   Prima di tutto, bisogna tenere presente che l'art. 1347 CC, che determina l'appartenenza alla comunione dei beni ottenute dal lavoro e dall'industria di ciascuno dei coniugi (unica fonte di reddito nella maggior parte dei casi) e il dovere dei genitori dell'art. 154 CC per nutrire tutti i loro figli minori, indipendentemente dal fatto che vivano con loro o meno, devono essere conciliati. Ciò giustifica la responsabilità della comunione dei beni riguardo a questi alimenti in tutti i casi, indipendentemente dal fatto che il bambino viva o meno nella famiglia ricostituita.

   Il fatto che oltre alla responsabilità si configuri come un debito se il figlio del coniuge vive con loro è che quando si sposano e il coniuge ha già una famiglia, se vivono tutti insieme, tutti costituiscono una famiglia e questo è accettato dai coniugi, anche se è una condizione per essere una famiglia loro due. Questa accettazione è duplice: 1 °) per vivere insieme a questi minori discendenti del coniuge e 2 °) per contrarre il matrimonio, il che comporta conseguenze legali maggiori rispetto all'unione di fatto. Questo è così nella sfera personale (cfr. Art. 68 in fine CC) e deve essere lo stesso per la sfera patrimoniale. D'altra parte, si deve aggiungere come giustificazione che questo debito della comunità di beni è

legato al dovere correlativo dei figli della famiglia di contribuire al mantenimento della famiglia con il loro patrimonio.

È evidente che, se i figli del coniuge non coesistono con il matrimonio, il sostegno degli stessi non è giustificato.

3. Pertanto, questa responsabilità non dovrebbe essere estesa, così come è, per tutti i regimi patrimoniali tra i coniugi. Questa idea deve essere precisata:

    a. Alcune modifiche dovrebbero essere introdotte nell'articolo 1318 CC, che contiene l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia formata dal matrimonio:
        - Dovrebbe includere espressamente il sostegno dei figli del coniuge tra questi bisogni della famiglia, ma con le seguenti condizioni, che lo distinguono dalle spese dell'articolo 1362.1.2.º CC:
            i. Che il figlio del coniuge risieda nella casa familiare, indipendentemente dall'età. L'età è indifferente quando c'è coesistenza, perché il fondamento dell'obbligo si trova nella convivenza nella casa familiare. Si può anche chiedere, nel caso di essere maggiorenne, di non aver violato il suo obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia (cfr. Art. 155.2.º CC) di essere stato in grado di rispettarlo.
            ii. La responsabilità a sostegno dei figli del coniuge maggiorenni che vivono fuori casa non è giustificata in ogni caso in cui non vi è comunione di beni.

    b. Sembra opportuno che l'obbligo di contribuire a tali spese a titolo di dovere familiare venga configurato come tale, che ha già la natura giuridica del dovere e non solo di responsabilità della comunione di beni o dei beni propri dei coniugi, così come il dovere contenuto nell'articolo 155.2.º CC è un dovere per i figli della famiglia. Tuttavia, si deve specificare che l'articolo 1318 CC è un dovere coniugale basato sulla convivenza. Pertanto, forse sarebbe opportuno includere, per quanto riguarda gli effetti del matrimonio, il dovere dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia e non limitarsi a considerarlo nell'ambito dei regimi patrimoniali tra i coniugi.

        La soluzione precedente, applicabile durante la validità del matrimonio, proteggerebbe i figli di tutte le famiglie sposate indipendentemente del suo origine e dal regime patrimoniale scelto dai coniugi. La estensione del sostegno dei figli del coniuge deve

necessariamente essere la stessa che quella dei bambini di entrambi i coniugi, perché non è possibile effettuare un trattamento discriminatorio poiché sono anche spese sostenute per sostenere la famiglia.

Va chiarito che, in linea di principio, se il minore riceve il mantenimento dal proprio genitore, non ha senso stabilire questo obbligo per il coniuge di uno dei suoi genitori. Tuttavia, il legislatore può scegliere di includere il coniuge del genitore e il figlio del coniuge tra quelli legalmente tenuti a provvedere alla manutenzione; Allo stesso modo, puoi decidere se includere i figli del coniuge indipendentemente dal regime patrimoniale scelto dai coniugi per regolare il loro matrimonio. Tuttavia, non sembra appropriato stabilire l'obbligo di mantenimento tra gli affini e sulla seconda opzione è già stata fatta una proposta.

c. Nel caso in cui il matrimonio si dissolva, alcuni ordinamenti giuridici hanno stabilito l'obbligo per il coniuge del genitore di sostenere la metà delle spese di mantenimento del minore purché, durante la validità del matrimonio, il primo si occupasse abitualmente di esso. In questo caso, sarebbe conveniente richiedere un periodo minimo di convivenza tra il minore e il coniuge del genitore e un limite massimo di tempo per ottemperare a tale obbligo, come proposto da un settore della dottrina statunitense. Tuttavia, l'accertamento dell'obbligo di sostenere i figli del coniuge dopo lo scioglimento del matrimonio, sia *ex lege* che mediante decisione giudiziaria, non finisce per trovare una giustificazione nella legge spagnola.

4. In sintesi, non sembra appropriato regolamentare un obbligo di mantenimento in base alla legislazione se non media lo status di filiazione o le legami di sangue, nei casi contemplati dal Codice Civile, né conferire potere al giudice per la sua istituzione[900]. Attualmente, secondo le regole del Codice Civile, è possibile

[900] Soprattutto in caso di divorzio. In caso di decesso del coniuge genitore, se si considera il suo regolamento, sarebbe necessario distinguere tra i casi in cui il minore aveva tenuto il minore nella vita del genitore e quelli che non lo avevano tenuto, richiedendo una protezione assoluta del minore e, forse, valutando che questo dovere è limitato a un determinato periodo di tempo. Tuttavia, in caso di decesso del genitore, il minore non deve essere lasciato non protetto poiché: a) avendo un altro genitore con responsabilità genitoriale, quest'ultimo si prenderà in carico, oppure si potrebbe richiedere la privazione della responsabilità genitoriale con la conseguente costituzione della tutela del minore; b) se non ci sono genitori, deve essere costituita la tutela, attraverso la quale, come è noto, può essere nominato il coniuge del genitore che ha un rapporto familiare con il minore, e se non è un

stipulare un contratto di mantenimento che costringa il coniuge o l'ex coniuge del genitore al suo adempimento, ma non è la soluzione ideale, poiché le parti contraenti possono essere qualsiasi persona. In altre parole, la norma non è prevista per questi casi e, inoltre, il contratto di manutenzione è soggetto a un regime giuridico complesso. Tuttavia, sembra una buona idea lasciare la sua libera regolamentazione all'autonomia della volontà dei coniugi, soprattutto perché è una questione benefica per il minore. È un altro modo per garantire che non sarai abbandonato, e quindi, l'intervento dell'altro genitore del minore non sembra necessario in questo caso.. Eventualmente, questo patto potrebbe essere incluso nel possibile contenuto degli strumenti negoziali per addivenire alla separazione personale e al divorzio, o anche nelle convenzioni matrimoniali, in previsione della morte del coniuge genitore. Sarebbe, pertanto, soggetto alle norme previste per quel tipo di strumenti giuridici e, pertanto, il patto potrebbe essere valido senza l'intervento del giudice per i negozi giuridici che non lo richiedono, ma quelle approvate dal punto di vista giudiziario, come lo strumento negoziale per addivenire alla separazione personale e al divorzio, sarebbero opponibili ai terzi.

DECIMA. CONTRIBUTO DEL FIGLIO DEL CONIUGE AL MANTENIMENTO DELLA FAMIGLIA.-

1. L'obbligo di contributo dei figli del coniuge al mantenimento della famiglia è previsto in due modi nel Codice Civile:
   a. Come dovere dei figli a contribuire alle spese della famiglia, in modo equo e mentre vivono con essa (cfr. 155.2.º CC).

   b. Come diritto dei genitori di allocare i frutti dei beni del minore e di ciò che acquisiscono con il loro lavoro o industria alle spese della famiglia, a condizione che vivano insieme (cfr. 165.2.º CC).

   Si ritiene che il dovere dell'articolo 155.2.º CC abbia la sua giustificazione nei seguenti motivi:

      i. È giusto che tutti i figli della famiglia, indipendentemente dalla loro origine ed età, collaborino con le spese domestiche per essere membri di quella famiglia.

---

altro parente del minore, una persona vicina o lo stato. Non sembra ragionevole una situazione in cui deve essere il coniuge del genitore a sostenere i costi del mantenimento dei figli, ad eccezione dei casi di cessione di tutela temporanea nell'interesse del minore (cfr. Art. 158 CC) o della sua nomina come tutor.

ii. È la controparte giusta dei doveri corrispondenti ai coniugi, situata negli articoli 1318, 1362.1.2.º e 1438 CC.
iii. In relazione ai loro genitori, tutti i bambini sono uguali davanti alla legge, indipendentemente dalla loro origine (cfr. Art. 39.2.º CE). È vero che non sono figli del coniuge del genitore, ma fintanto che vivono con uno dei genitori, quest'ultimo ha gli stessi diritti e doveri per tutti i loro figli, indipendentemente dal fatto che li abbiano avuti con il coniuge attuale con cui vive, con il precedente o con qualsiasi altra persona.

2. A mio parere:

a. Inoltre, <u>l'articolo 155.2.CC dovrebbe:</u>

i. Fare esplicito riferimento ai figli del coniuge, in modo da non comportare incognite quanto al loro significato e adattare la stesura del Codice Civile al rispetto dei nuovi modelli familiari.
ii. Includere il riferimento al lavoro dei bambini a casa e nell'azienda di famiglia, poiché l'espressione "secondo le loro possibilità" è un po' ambigua. Pertanto, inoltre, il precetto avrebbe una chiara natura economica e personale, e non solo economica, avvicinandosi al corrispondente dovere regolato dai legislatori aragonesi e catalani.

Con queste modifiche, il Codice Civile adotterà la soluzione fornita dal CCCat.

b. <u>L'articolo 165 del CC dovrebbe rimanere così com'è</u>, senza riferimento al coniuge del genitore, una volta stabilita la convenienza che l'amministrazione dei beni dei figli rimanga una funzione intrinseca della responsabilità genitoriale e della tutela. Inoltre, l'attuale formulazione dell'articolo non presenta alcun inconveniente, poiché si ritiene che il minore risieda con uno solo dei genitori, circostanza che comprende le famiglie ricostituite.

Questo è un argomento interessante e difficile, ma deve essere preso in considerazione, nonostante le sue difficoltà, poiché è destinato a regolare la convivenza pacifica all'interno delle famiglie ricostituite. È giusto che tutti i suoi membri partecipino al sostegno della famiglia, in base al loro lavoro e alle possibilità finanziarie. Se si fa parte di una famiglia, si deve contribuire alle sue spese, anche se non le conviene. E non c'è dubbio che la famiglia ricostituita sia

una famiglia. Tuttavia, è un tipo di solidarietà familiare senza rango costituzionale.

In virtù del principio di solidarietà, si è concluso che il significato del dovere è che tutti i membri della famiglia contribuiscono verso tutti. Viene messa in discussione la ragionevolezza di un obbligo per un minore con beni di contribuire al pagamento delle spese del coniuge del genitore e i suoi figli- che non sono figli anche del suo genitore -, che non hanno risorse economiche, a causa della convivenza con loro. E ancora di più perché, ciò che questo figlio paga equamente secondo le sue possibilità, non sarà oggetto di rimborso. Il nocciolo della questione sta nel "contributo equo". Il fatto che un figlio della famiglia abbia un patrimonio e che il coniuge del suo genitore e/o dei suoi figli non ce l'abbia, non implica l'obbligo per il primo di sostenere tutte le spese della famiglia. Sembra che dovrà contribuire nella proporzione che corrisponde ad esso - ed esclusivamente a spese comuni - e, se ciò non bastasse, non comporta in nessun caso l'obbligo di contribuire maggiormente. Non bisogna dimenticare che i coniugi hanno i loro propri obblighi, sia verso i loro figli minorenni che in relazione al regime patrimoniale tra i coniugi. Un'altra cosa sarebbe gli alimenti che il figlio avrebbe dovuto al genitore, ma solo a lui, poiché, va ricordato, gli affini non possono essere creditori di alimenti *ex* art. 142 e seguenti CC.

BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

AA.VV. "Concepto de "allegado": ¿Cómo debe ser delimitada la figura del allegado prevista en el art. 67 LRCSCVM? (consultas y opiniones), *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 10, 2018, pp. 70-71.

AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989.

ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E. (Coords.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

ACEDO PENCO, A., SILVA SÁNCHEZ, A. (Coords.), DE PERALTA CARRASCO, M. (Dir.), *Derecho de familia, nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, 2016.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M., "Atribución de la guarda y custodia de un menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 3, 2014, pp. 71-79, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNDIzMzE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAY-428yAAAAA=WKE el 26/07/2020.

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009.

AMORÓS GUARDIOLA, M. et al., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984.

AMRAM, D., D'ANGELO, A. (Dirs.) *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea,* Padova, Cedam, 2011.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B., "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2018, pp. 1-35.

ANGOSTO SÁEZ, J.F., *El "ius aedeficandi" y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998.

ARRANZ FREIJÓ, E. et al., "Análisis de los problemas y necesidades educativas de las nuevas estructuras familiares", *Psychosocial Intervention*, vol. 19, nº 3, 2010, pp. 243-252.

ASUA GONZÁLEZ, C.I., "El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 2, 2007, pp. 7-27.

AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016.

- "Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma", *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, fasc. 3, 2015, pp. 615-648.

AUTORINO STANZIONE, G. (Dir.), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza: vol. I. Il matrimonio. I rapporti personali*, Giappichelli, Torino, 2005.

AVILÉS HERNÁNDEZ, M., "Las familias monoparentales encabezadas por un hombre: manifestación sociológica de la posmodernidad", *Arxius de sociología*, nº 34, 2016, pp. 29-42.

- "¿Qué es la monoparentalidad? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social", *Cuadernos de trabajo social*, vol. 28, nº 2, 2015, pp. 211-223.

- "Origen del concepto de monoparentalidad: un ejercicio de contextualización sociohistórica", *Papers: revista de sociología*, vol. 98, nº 2, 2013, pp. 263-285.

BARCELÓ DOMENECH, J., "El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares ", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, 2015, pp. 790-803.

BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., NASARRE AZNAR, S. (Coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona, Bosch, 2011.

BARRÓN LÓPEZ, S., "Familias monoparentales", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 40, 2002, pp. 13-30.

BARTLETT, K.T., "Rethinking parenthood as an exclusive status: the need for legal alternatives when the premise of the nuclear family has failed", *Virginia Law Review*, vol. 70, 1984, pp. 879-963.

BATTEUR, A. (Dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2ª ed., Issy-Les Molineaux, LGDJ (Lextenso éditions), 2016.

BAURA, E., "El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio", *Ius Canonicum*, vol. XXVII, nº 54, 1987, pp. 697-739.

BECK-GERNSHEIM, E., *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia* (Traducción de Pedro Madrigal), Barcelona, Paidós Ibérica, 2003.

BEIGNIER, B., BINET, J.R., *Droit des personnes et de la famille*, Issy-Les-Molineaux, LGDJ (Lextenso éditions), 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil: desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1993.

BIANCA, C.M., *Diritto Civile. 2.1: La famiglia* (5. ed.), Giuffrè, Milano, 2014.

- *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Milano, FrancoAngeli, 2005.

BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Portularia*, nº 3, 2003, pp. 263-283.

BOELE-WOELKI, K., "The Commission of European Family Law: Drafting Principles in the Field of Divorce and Maintenance Between Former

Spouses", *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa,* Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm el 26/07/2020.

- *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe"*, Antwerp, Intersentia, 2003.

BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., CURRY-SUMNER, I. (Eds.), *European Family Law in Action. Vol III: Parental Responsibilities,* Antwerp, Oxford, Intersentia, 2005.

BORDIEU, P., "Des familles sans nom", *Actes de la recherche en sciencies sociales: La famille dans tous ses états*, vol. 13, 1996, pp. 3-5.

BOSCH, A., ''Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial'', *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa,* Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm el 26/07/2020.

BOWMAN, C.G., "The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20, 2012, pp. 437-465.

- "The Legal Relationship Between Cohabitants and Their Partners' Children", *Theoretical Inquiries in* Law, vol. 13, 2012, pp. 127-151.

BÜCHLER, A., "Family Law in Switzerland: Recent Reforms and Future Issues – an Overwiew", *European Journal of Law Reform*, vol. 3, 2001, pp. 275-296.

BÜCHLER, A., KELLER, H., *Family forms and parenthood: theory and practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2016.

BURTON, F., *Family Law*, London, Sydney, Portland (Oregon), Cavendish Publishing Limited, 2003.

BUZZELLI, D., *La famiglia "composita"*, Napoli, Jovene, 2012.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo 3 (Derechos reales. Derecho de familia)*, Madrid, Civitas, 2003.

CALCIO GAUDINO, M., "Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées", *Dossiers d'etudes*, nº 116, 2009, pp. 1-85.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad Civil*, nº 3, 2014, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjA0sDMQK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAkJ6LwkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

CALVO BOROBIA, K., "Necesidades políticas y protesta colectiva en la regulación de los matrimonios homosexuales en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, nº 10, 2006, pp. 139-158.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., "Abuelos, parientes y allegados", *Actualidad Civil*, nº 19-20, 2012, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwNDSxMTIVK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUA_Ynk4UMAAAA=WKE el 26/07/2020.

CAÑIZARES LASO, A., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. et al., *Código civil comentado*, Madrid, Thomson-Civitas, 2011.

CARBAJO GONZÁLEZ, J., "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2000, 1502-1512, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwNDY3MBcrSy1qDgzP882LDM9Na8kFQA1P8RAQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

CARBONNIER, J., *Sociología jurídica* (traducción por Luis Díez-Picazo), 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1982.

- *Droit civil: la famille, les incapacités*, 11ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1979.

- *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, Madrid, Tecnos, 1974.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., "La unificación supranacional del Derecho de familia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, nº 3, 1977, pp. 619-630.

CASTELLANI, G., CORDIANO, A., *La famiglia nella società contemporanea*, Roma, Aracne, 2016.

CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M., "La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica", Documento de trabajo 1.1 del "VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014" del FOESSA, pp. 12-13, consultado en http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf el 26/07/2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "¿Es constitucional, hoy, el matrimonio "homosexual" (entre personas de idéntico sexo)?", *Revista de derecho privado*, Año nº 89, Mes 2, 2005, pp. 37-56, consultado en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/hoy-matrimonio-homosexual-identico-sexo-289819 el 26/07/2020.

COBACHO GÓMEZ, J.A., *La deuda* alimenticia, Madrid, Montecorvo, 1990.

COBACHO GÓMEZ, J.A., LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

CORDIANO, A., "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comparazione e diritto civile*, 1-23.

- "Nuovi contesti familiari e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e riduzione dei costi individuali nella crisi familiare", *Famiglia, Persone e Successioni*, fasc. 1, 2012, p. 58 ss, consultado en http://bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG3010000905PRNT&FTC=27009&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=b496eedc6ce2b5f1694b13aa0b0f404f-163&# el 5/05/2019.

CORRAL GARCÍA, E., "La familia monoparental y el interés del menor", *Actualidad civil*, nº 22, 2008.

CREMER, T.B., "Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents", *Cardozo Journal of Law & Gender*, vol. 18, 2011, pp. 89-108.

CRESPO GARRIDO, M., MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *El futuro de las políticas sociales desde el nacimiento hasta la senectud: la mujer como protagonista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., "Familles recomposées: l'impuissance du droit!", *Dialogue*, nº 201(3), 2013, pp. 23-34.

DE LOS MOZOS Y HERRERO, J.L., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 1, Artículos 1315 a 1343 del Código Civil*, Dir. M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, EDERSA, 1984.

- *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, Tomo XVIII, Vol. 2, Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*, Dir. M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, EDERSA, 1984.

DE MAURO, A., "Le famiglie ricomposte", *Familia*, nº 4-5, 2005, p. 767 ss.

DE PAÚL VELASCO, J .M., "Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 66, 2018, pp. 9-24.

DETHLOF, N., "Parental Rights and Responsibilities in Germany", *Family Law Quarterly*, vol. 39, nº 2, 2005, pp. 315-338.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Pamplona, Aranzadi, 2006.

DÍAZ ALABART, S., "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", *Revista de Derecho Privado*, n.º 5, septiembre-octubre, 2015, pp. 35-68.

- "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2)", *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2003, pp. 345 y ss., consultado en https://app.vlex.com/?r=true#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:223/familias+ensambladas/ES/vid/186758 el 26/07/2020.

- "El pseudo «estatus familiae» en el Código Civil: una nueva relación familiar", *Revista de derecho privado*, Año nº 76, Mes 10, 1992, pp. 839-856.

- "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *Anuario de derecho civil*, vol. 40, n.º 3, 1987, pp. 795-894.

DÍAZ ALABART, S., ALPA, G., *100 años de la "Revista de derecho privado" (1913-2013)*, Barcelona, Reus, 2014.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., "SENTENCIA de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre biológica como allegada del menos. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 88, 2012, pp. 425-450.

DÍEZ PICAZO, L., "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2007.

- "Derecho de familia y sociedad democrática", *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, nº 702, 2004, pp. 313-322.

- DÍEZ PICAZO L., GULLÓN A., *Sistema de derecho civil (vol. IV, tomo I). Derecho de Familia*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 170.

- *Sistema de derecho civil (Vol. II, Tomo 2). Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad* extracontractual, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

- *Sistema de derecho civil (vol. IV, Tomo I). Derecho de Familia*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.

- *Sistema de derecho civil (vol. IV). Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., ARANA DE LA FUENTE, I., *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

DOUGLAS, G., *An Introduction to Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

DOWD, N.E., "Multiple Parents/ Multiple Fathers", *Journal of Law and Family Studies,* vol. 9, 2007, pp. 231-264.

DUPLÁ MARÍN, M.T., "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 del Derecho de la Persona", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 86, nº 717, 2010, pp. 61-91.

ELLMAN, I.M., KURTZ, P.M., SCOTT, E., *Family Law: Cases, Text, Problems,* 3ª ed. (*2002 Teachers' Supplement*), consultado en https://www.researchgate.net/publication/48865778/download el 26/07/2020.

ENGEL, M., "Worldwide Stepfamily Tribulations Under Current Laws and Social Policies" (draft paper/ borrador), 2005, p. 3 y ss., consultado en http://www.law.byu.edu/isfl/saltlakeconference/papers/isflpdfs/Engel.pdf el 26/07/2020.

- "Pockets of Poverty: The Second Wives Club – Examining the Financial (In)Security of Women in Remarriages", *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 5, 1999, pp. 309-381.

ESPINAR FELLMANN, I., CARRASCO GALÁN, M.J., MARTÍNEZ DÍAZ, M.P., GARCÍA-MINA FREIRE, A., "Familias reconstituidas: un estudio sobre las nuevas estructuras familiares", *Clínica y Salud*, vol. 14, nº 3, 2003, pp. 301-332.

FENOUILLET, D., "La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ?", *Archives de philosophie du droit*, Tomo 57 (*La famille en mutation*), 2014, pp. 95-122.

FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C., "Las familias monoparentales en España", *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas,* nº 83, 1998, pp. 52-85.

FERRANDO, G., "La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri", *Famiglia e Diritto*, fasc. 10, 2016, pp. 889-901, consultado en http://bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG9000171665PRNT&FTC=3554&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=b496eedc6ce2b5f1694b13aa0b0f404f-163&# el 5/09/2019.

- “La adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive”, La *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 11, 2012, p. 20679 y ss., consultado en bd70.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow?KEY=70DG9000006186PRNT&FTC=22026&NUMARTS=0&TIPO=96&OPERA=70&PRINT_MODE=1&NO_PRINT=1&&NOTXT=1&SSCKEY=e38c5c4aa7a847bf8e08ba68c70929c5-613&# el 03/11/2017.

- “Familias recompuestas y padres nuevos”, *Derecho & Sociedad: Asociación Civil*, nº 28, 2007, pp. 311-319.

FINE, A., “Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales”, *Parcours. Les cahiers du grep midi-pyrénées*, nº 47-48, 2012-2013, pp. 1-24, consultado en http://www.grep-mp.com/wp-content/uploads/2016/10/FineFinalLivret.pdf el 26/07/2020.

FLAQUER, L., “Hogares sin familia o familias sin hogar? Un análisis sociológico de las familias de hecho en España”, *Papers*, nº 36, 1991, pp. 57-78.

FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia: Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1981.

- *Tomo II, vol. 1. La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, Bosch, 1982.

FULCHIRON, H., “Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français fase à la question homoparentale”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 64, nº 1, 2012, pp. 93-111.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales : analísis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 52, 1998, pp. 11-32.

- “El valor normativo de la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, pp. 31-44.

- “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n° 10, 1984, pp. 11-62.

- “La Constitución como norma jurídica”, *Anuario de derecho civil*, vol. 32, n° 2-3, 1979, pp. 291-342.

GARCÍA RUBIO, M.P., “Las parejas de hecho en el derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego”, *Dereito*, vol. 16, núm. 1, 2007, pp. 187-208.

- “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 113-138.

- “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Diario La Ley* [recurso electrónico], nº 6359, Sección Doctrina, 2005, pp. 1-23, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAVMzY3MztbLUouLM_DzbsMz01LySVACdY5aEIAAAAA==WKE el 26/07/2020.

- “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm el 26/07/2020.

GARCÍA RUBIO, M.P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

GARCÍA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2015”, *Dereito*, vol. 14, nº 2, 2005, pp. 95-129.

GARCÍA VARELA, R., “Régimen de comunicación entre parientes y allegados”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* nº 3, 1997, pp. 1884-1885, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMjAwMxSrSy1qDgzP882LDM9Na8kFQBEPxWRQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

GARRIDO FALLA, F., “La Constitución como norma jurídica”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 68, 1991, pp. 183-192.

- "El artículo 53 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 21, 1979, pp. 173-188.

GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo 2, Barcelona, Bosch, 2010.

GARRIGA GORINA, M., "Las relaciones paterno-filiales de hecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2004 (Working Paper de Derecho catalán n.º 13, Barcelona, julio de 2004), consultado en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/dc13_es.pdf el 26/07/2020.

GERZOG, W.C., "Families for Tax Purposes: What about the Steps?", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 42, 2009, pp. 805-842.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Novetats més rellevants del Llibre II del Codi Civil de Catalunya", *Món juridic: butlletí del Collegi d'Advocats de Barcelona*, nº 253, 2011, pp. 26-29.

- "El Codi Civil de Catalunya. Les competències legislatives, el procés de codificació", *Activitat parlamentària*, nº 16, 2008, pp. 30-37.

- "Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2005.

- "Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 14, 1986, pp. 33-68.

- "Les últimes modificacions del dret Civil catalá: la filiació", *Studia Iuridica*, nº 3 (S), 1993, pp. 307-324.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLÉ RESINA, J., *Lliçons de dret civil català III: dret de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2015.

- *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- (Coords.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSÀS I SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J., *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

- *Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Cálamo, 2005.

- *Situacions de convivencia diferents del matrimoni: unions estables de parella, heterosexuals i homosexuals, ajuda mútua, acolliment de persones grans*, Barcelona, Cálamo, 2003.

GIMÉNEZ DUART, T., "Cargas y obligaciones del matrimonio", *Revista de derecho privado*, año n.º 66, mes 1, 1982, pp. 542-555.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, E.P. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Murcia, Universidad de Murcia, 2004. pp. 4915-4954.

GOÑI SEIN, J.L., "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 82, 2005, pp. 11-46.

GORGONI, M., *I modelli familiari tra diritti e servizi: Lecce, 24-25 settembre 2004*, Nápoles, Jovene, 2005.

GOUTTENOIRE, A., "Les droits de l'enfant", *Revue internationale de droit comparé* [*Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé* (Vienne, 20 - 26 juillet 2014)], vol. 66, nº 2, 2014, pp. 565-580.

GROSMAN, C.P., "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil", *Pensamiento Civil*, pp. 85-108, consultado en http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina466.pdf el 26/07/2020.

GROSMAN, C.P., MARTÍNEZ ALCORTA, I., *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2000.

GUERRERO MUÑOZ, J., "La familia: realidades y cambio social", *La razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas*, nº 33, 2016, pp. 154-180.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., CRESPO ALLUÉ, F. (Coords.), *Los conflictos actuales en el derecho de familia*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Traducción de Joaquín Brage Camazano), Madrid, Dykinson, 2004.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "El parentesco por afinidad: ¿concluye por la extinción del matrimonio?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 91, nº 749, 2015, pp. 1143-1172.

HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A. (Coords.), *Derecho y familia en el siglo XXI. El derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido 19-22 de febrero de 2008 / II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, Almería, Universidad de Almería, 2011.

IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord), *Las familias monoparentales: seminario hispano-francés celebrado en Madrid, diciembre 1987*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1988.

JACOBS, M.B., "Why just two? Disaggregating traditional parental rights and responsibilities to recognize multiple parents", *Journal Law Family Studies*, 2007, pp. 309-339.

JAGO, R., *Family Law*, London, University of London Press, 2008.

JIMÉNEZ GODOY, A.B., "La paternidad en entredicho", *Gazeta de Antropología*, nº 20, artículo 19, 2004, Consultado en https://www.ugr.es/~pwlac/G20_19AnaBelen_Jimenez_Godoy.pdf el 26/07/2020.

JOCILES RUBIO, M.I., MEDINA PLANA, R. (Eds.), *La monoparentalidad por elección: el proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

JOCILES RUBIO, M.I., VILLAAMIL PÉREZ, F., "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas", *Papers*, nº 90, 2008, pp. 213-240.

- "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas", *Anthropoligica*, nº 26, 2008, pp. 63-85.

LACRUZ BERDEJO, J.L et al., *Derecho de familia (vol. I). Elementos de derecho civil (IV)*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990.

- *Derecho de familia (vol. II). Elementos de derecho civil (IV)*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1989.

LASARTE ÁLVAREZ, C., CERVILLA GARZÓN, M.D., *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018.

LÁZARO PALAU, C.M., "Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituidas", *Actualidad Civil*, nº 6, 2016, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjYxMTIWK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAvpuevkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

LECIÑENA IBARRA, A., "La guarda de hecho de las personas mayores", Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2015.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L., "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)", *Revista de derecho privado*, nº 2, 2007, pp. 3-45.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "La garantía institucional de la herencia", *Derecho privado y Constitución*, nº 3, 1994, pp. 29-62.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Eds.), *Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., ROCA I TRÍAS, E. (Coords.), *Derecho de familia*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B., "El permiso por nacimiento de hijo, muerte o enfermedad grave de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad: estudio del art. 30.1º.a) de la LMRFP de 1984", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 18, 2001, pp. 513-536.

LUZÓN CUESTA, J.M., "¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005)", *Diario La Ley*, nº 6564, 2006, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgxAwMzI0tRArSy1qDgzP882LDM9Na8kFQARiVEcQwAAAA==WKE el 26/07/2020.

MACARIO, F., MILETTI, M.N. (Dirs.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, RomaTrE-Press, 2017.

MAHONEY, M.M., "Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren", *Family Law Quarterly*, vol. 40, nº 1, 2006, pp. 81-108.

- *Stepfamilies and the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994, pp.1 y ss.

MARTÍN HUERTAS, M.A., "El contenido esencial de los derechos fundamentales", *Revista de las Cortes Generales*, nº 75, 2008, pp. 105-190.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio a la diversidad), *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 2, 2007, pp. 29-47.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de derecho civil (IV). Derecho de familia*, Madrid, Colex, 2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil, *Diario La Ley*, nº 8390, 2014, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJT

UmxdQgyAwMjQxNzAQq0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUA82NSSUMAAAA=WKE el 26/07/2020.

MAZZONI, S., *Nuove Costellazioni familiari*, Milano, Giuffrè, 2002.

- "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, pp. 369-383.

MÉNDEZ TOJO, R., "Atribución de la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores. A propósito de la STS 492/2018 de 14 de septiembre", *Actualidad Civil*, nº 1, 2019, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACtJTCq2NVU1TzZTS0wuKU3McclPtjUEsTPLUkMSk2xN1TJTUmxdQgyAwMjCxNjcUK0stag4Mz_PNiwzPTWvJBUAQGqKmkMAAAA=WKE el 26/07/2020.

MEULDERS-KLEIN, M.T., THERY, I., *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, L.G.D.J., 2005.

- *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, Paris, 1993.

MORÁN, G.M. (Coord.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, La Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, 2003.

NAVAS NAVARRO, S., "Child's Life, Step-family and Decision Making-Process. European Overview", *Beijing Law Review*, vol. 4, nº 2, 2013, pp. 61-70.

NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA Y AYMÁ, A. (Coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

NÚÑEZ ZORRILLA, C., "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, nº 2, 2015, pp. 117-160.

- "La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento", *La Notaría*, nº 9, 1996, consultado en http://vlex.com/vid/232466 el 23/06/2019 el 26/07/2020.

OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J., "El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción", consultado en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion-/ el 26/07/2020.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006.

PABLOS MATEOS, F., "Protección jurídica de las familias numerosas y monoparentales en materia tributaria", *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2018, pp. 155-194.

PANE, R., "Dalla protezione alla promozione del minore", *Rassegna di diritto civile*, fasc. 1, 2019, pp. 84-104.

PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, nº 3, 1981, pp. 169-190.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J., "Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: duración del parentesco por afinidad", *Carta tributaria. Revista de opinión*, nº 29-30, 2017, consultado en http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC2OzU7DQAyEn6Z7iYQS0sLJB_pzQCCE0qji6uy6iUXIBtsJzduzLVgaySN99sz3RLLUdDEIk6Dn1ZTn53LIAvXZiEKDkfqYjVEyPPPAAYMzbBTK1aNfJ20cepuw30cPxXXnmWpsoHQWDfuKFIrSRQkk2wVyp138ecOZWzSOwxYFapnIcQhw-MjTFPebdfngZhJNAJy4vZZwHbfda5L98ajKuot9ylFC8d07tgQVzayGd6jjxX2hGQnsUGrh5t--0ALV4fR8rJ9cP3ym1sfb-e3rL6Zi__INAQAAWKE# el 26/07/2020.

PERLINGIERI, P., *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

- *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982.

POLLET, S.L., "Still a Patchwork Quilt: A Nationwide Survey of State Laws Regarding Stepparent Rights and Obligations", *Family Court Review*, vol. 48, nº 3, 2010, p. 528-540.

PRIETO SANCHÍS, L., "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año nº 5, nº 8, 2000, pp. 429-468.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987.

RAMOS CABANELLAS, B., ''Regulación legal de la denominada familia ensamblada'', *Revista de Derecho*, nº 1, 2006, pp. 189-207.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010.

REBOURG, M., "Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales", *Recherches familiales*, nº 7, 2010, pp. 29-44.

REVERTE NAVARRO, A., *Intervención judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil)*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980.

AA.VV., Dir. A.M. RIVAS RIVAS, *La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos* (Informe de resultados del proyecto de investigación aprobado en la convocatoria Orden TAS 2051/2005, de 12 de abril -de financiación mediante subvenciones para el fomento de la investigación de la protección social (FIPROS), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), pp. 200-201, Consultado en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51585.pdf el 26/07/2020.

RIVAS RIVAS, A.M., "Estrategias residenciales y procesos de recomposición familiar", *Papers*, nº 98 (1), 2013, pp. 103-126.

- ''El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas'', *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. 12, nº 2, 2012, pp. 29-41.

- ''Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas'', *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 26, nº 1, 2008, pp. 179-202.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M., "El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad artículo 160.2º y 3º párrafos del código civil", *Revista de derecho privado*, año nº 84, mes 9, 2000, pp. 635-672.

- “Sobre la filiación por afinidad en la subrogación arrendaticia urbana: comentario a la sentencia del tribunal Constitucional 13/1995, de 24 de Enero”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 86, 1996, pp. 423-444.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., ‘‘Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas’’, *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm el 26/07/2020.

- *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007.

- “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, nº LVIII-3, julio 2005, pp. 1061 y ss.

- *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1996.

ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

- “La regulació de les famílies “recomposades” o “reconstituïdes””, *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010, consultado en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm el 26/07/2020.

- ‘‘Familia y constitución’’, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 207-228.

- “Globalización y derecho de familia: los trazos comunes del derecho de familia en Europa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 25-42.

- *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

- ‘ ‘Familia, familias y Derecho de la familia’’, *Anuario de derecho civil*, vol. 43, nº 4, 1990, pp. 1055-1092.

- ‘‘Constitució i família’’, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 83, nº 2, 1984, pp. 287-308.

ROCA I TRÍAS, E., GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ PASCUAL, I., "Qué nueva intervención para qué nuevas realidades familiares: el problema de la diversidad familiar en la sociedad española y sus implicaciones para el trabajo social", *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, nº 12, 2004, pp. 65-78.

RODRÍGUEZ PASCUAL, I., MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., "El reto de las nuevas realidades familiares", *Portularia,* nº 3, 2003, pp. 9-32.

ROMERO COLOMA, A.M., "El parentesco por afinidad y su problemática jurídico-práctica", *Revista jurídica del notariado,* nº 97-98, 2016, pp. 141-151.

RUBIO TORRANO, E., "Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2018, pp. 167-170.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad,* Granada, Comares, 1989.

RUSCELLO, F., *Diritto di famiglia*, Pacini, Pisa, 2017.

- "Potestà dei genitori versus responsability", *Comparazione e diritto civile*, 2012, pp- 1-12.

- *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005.

SAITTA, P., *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, C.I.R.S.D.I.G., Mesina, Università degli Studi di Messina, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones,* 7ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

SÁNCHEZ NAVARRO, G., *Homosexualismo,* EE. UU., 2010

SANZ CABALLERO, S., MOLINA NAVARRO, M. (Dirs.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, Fundación San Pablo CEU Andalucía, 2017.

SASSI A., SCAGLIONE F., STEFANELLI S., *Le Persone e la Famiglia 4. La Filiazione e i Minori*, Assago, Utet Giuridica, 2015.

SCHMEECKLE, M. et al., "What Makes Someone Family? Adult Children's Perceptions of Current and Formen Stepparents", *Journal of Marriage and Family*, vol. 68, 2006, pp. 595-610.

SERNA MEROÑO, E., ''El principio de igualdad en la familia*'', Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 2010, nº 44, pp. 144-157;

- *La reforma de la filiación*, Madrid, Montecorvo, S.A., 1985.

SESTA, M., *Codice della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2015.

SOLÉ RESINA, J., "La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Actualidad civil*, nº 8, 2011, consultado en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTM0NzE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAa5E2MyAAAAA=WKE el 26/07/2020.

- "El tractament legal dels nous models familiars", *Barcelona societat: Revista de coneixement i anàlisi social*, nº 15, 2008, pp. 55-62.

STANZIONE, M.G., "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *Comparazione e diritto civile*, 2013, pp. 1-35.

- "Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana", *Famiglia e diritto*, nº 2, 2012, pp. 201-211.

- *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010.

SUETONIO, *Vida de los doce Césares*, Tomo II, Libro VI (*Nerón*) (Traducción y notas de Rosa María Agudo Cubas), Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1992, pp. 153-154.

TAMAYO HAYA, S., *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Granada, Comares, 2015.

- “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, pp. 261-316.

- *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Editorial Reus, 2009.

TEIXIDOR MARTÍNEZ, N., “En el impuesto sobre sucesiones, el parentesco por afinidad subsiste al fallecimiento del pariente consanguíneo (Análisis de la STS de 25 de septiembre de 2017, rec. núm. 3018/2016), *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº 420, 2018, pp. 146-154.

TORRES GARCÍA, T.F., *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2005.

TREVIÑO, R., GUMÁ, J., ‘‘De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales*’’, Papers: revista de sociología*, 2013, vol. 98, nº 2, pp. 287-309.

VALLÉS AMORES, M.L., “La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del derecho de familia”, *Feminismo/s*, nº 8, 2006, pp. 115-129.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

- “Reflexiones sobre el derecho de familia”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 2, 2007, pp. 74-98.

- “La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 95, nº 4, 1996, pp. 949-970.

- “23 de julio de 1993. Parejas de hecho, no aplicación del régimen de gananciales”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 33, 1993, pp. 981-990.

VAQUER ALOY, A., IBARZ LÓPEZ, N., “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, nº 4, 2017, pp. 211-235.

VELA SÁNCHEZ, A.J., *Las familias monoparentales: su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial: hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Granada, Comares, 2006.

- "Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2003, pp. 1465-1477, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEACWNsQ7CMAwF_yZzCwOTp4SBgQVF7KZ5qiKCjewUKX-PoLfdLedDVMaLsm0ItRRKefpxnE-HOXxgXlXoXldIR2D36lGlm7ZLofND9ZlT3Hseb9AVnXe9saygKSwNbIk7IjdIYfu_vpbhB3l4AAAAWKE el 26/07/2020.

VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *Diario La Ley*, año XXIII, nº 5669, 4 de diciembre de 2002, consultado en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAWNDQwNLtbLUouLM_DzbsMz01LySVACI__fAIAAAAA==WKE el 26/07/2020.

VERSINI, D., "L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui", Rapport annuel pour 2006 de la defenseure des enfants, Doc. Fr., 2006, consultado en https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000826.pdf el 26/07/2020.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), "El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados", *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 15, 2002, pp. 39-46.

- *Derecho europeo ante la pareja de hecho: la experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*, Barcelona, Cedecs, 1996.

VILLENEUVE-GOKALP, C., "La double famille des enfants de parents séparés, *Population*, nº 1, 1999, pp. 9-36.

ZAMBRANO, V. "Entre «status» y contrato: modelos familiares y régimen patrimonial en Europa", *Crónica Jurídica Hispalense*, n.º 13, 2015, pp. 313-336.

- “National Report: Italy”, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 19, n.º 1, 2012, pp. 225-250.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 20 de septiembre de 2016, *Zdravković c. Serbia*, ECLI:CE:ECHR:2016:0920JUD002818111.
- STEDH de 12 de junio de 2014, *Fernández Martínez c. España*, ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007.
- STEDH de 19 de febrero de 2013, *X y otros c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007.
- STEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104.
- STEDH de 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD002202804.
- STEDH de 26 de febrero de 2002, *Fretté c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597.
- STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300.
- STEDH de 26 de mayo de 1994, *Keegan c. Irlanda*, ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990.
- STEDH de 23 de junio de 1993, *Hoffmann c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:1993:0623JUD001287587.
- STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c.* Bélgica, ECLI:CE:ECHR:1991:0218JUD001231386.
- STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480.
- STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 15 de diciembre de 2016, *Depesme y Kerrou*, C-401/15 a 403/15, EU:C:2016:955.
- STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Frédéric Hay* c. *Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, EU:C:2013:823.
- STJUE de 6 de diciembre de 2012, *O. y S.*, C-356-11 y C-357/11, EU:C:2012:776.

- STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.
- STJUE de 30 de septiembre de 2004, *Ayaz/Land Baden-Württemberg*, C-275/02, EU:C:2004:570.
- STJUE de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491.
- STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99, EU:C:2002:493.
- STJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434.

Tribunal Constitucional

- STC 99/2019 (Pleno), de 18 de julio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019).
- STC 110/2016 (Pleno), de 9 de junio de 2016, ECLI:ES:TC:2016:110 (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016).
- STC 98/2014 (Sala Primera), de 23 de junio de 2014, ECLI:ES:TC:2014:98 (BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014).
- STC 60/2014 (Sala Primera), de 5 de mayo de 2014, ECLI:ES:TC:2014:60 (BOE núm. 134, de 3 de junio de 2014).
- STC 51/2014 (Sala Segunda), de 7 de abril de 2014, ECLI:ES:TC:2014:51 (BOE núm. 111, de 7 de mayo de 2014).
- STC 45/2014 (Sala Segunda), de 7 de abril de 2014, ECLI:ES:TC:2014:45 (BOE núm. 111, de 7 de mayo de 2014).
- STC 40/2014 (Pleno), de 11 de marzo de 2014, ECLI:ES:TC:2014:40 (BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014).
- STC 176/2013 (Sala Segunda), de 21 de octubre de 2013, ECLI:ES:TC:2013:176 (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2013).
- STC 93/2013 (Pleno), de 23 de abril de 2013, ECLI:ES:TC:2013:93 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013).
- STC 81/2013 (Pleno), de 11 de abril de 2013, ECLI:ES:TC:2013:81 (BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013).
- STC 41/2013 (Pleno), de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TC:2013:41 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013).
- STC 198/2012 (Pleno), de 6 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TC:2012:198 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).
- STC 150/2011 (Pleno), de 29 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TC:2011:150 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011).

- STC 37/2011 (Sala Segunda), de 28 de marzo de 2011, ECLI:ES:TC:2011:37 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).
- STC 154/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo de 2006, ECLI:ES:TC:2006:154 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006).
- STC 273/2005 (Pleno), de 27 de octubre de 2005, ECLI:ES:TC:2005:273 (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005).
- STC 212/2005 (Pleno), de 21 de julio de 2005, ECLI:ES:TC:2005:212 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2005).
- STC 138/2005 (Pleno), de 26 de mayo de 2005, ECLI:ES:TC:2005:138 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2005).
- STC 16/2004 (Sala Primera), de 23 de febrero de 2004, ECLI:ES:TC:2004:16 (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004).
- STC 124/2002 (Sala Segunda), de 20 de mayo de 2002, ECLI:ES:TC:2002:124 (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002).
- STC 119/2001 (Pleno), de 24 de mayo de 2001, ECLI:ES:TC:2001:119 (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001).
- STC 4/2001 (Sala Segunda), de 15 de enero de 2001, ECLI:ES:TC:2001:4 (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001).
- STC 181/2000 (Pleno), de 29 de junio de 2000, ECLI:ES:TC:2000:181 (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2000).
- STC 141/2000 (Sala Segunda), de 29 de mayo de 2000, ECLI:ES:TC:2000:141 (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).
- STC 134/1999 (Sala Primera), de 15 de julio de 1999, ECLI:ES:TC:1999:134 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999).
- STC 155/1998 (Sala Segunda), de 13 de julio de 1998, ECLI:ES:TC:1998:155 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998).
- STC 212/1996 (Pleno), de 19 de diciembre de 1996, ECLI:ES:TC:1996:212 (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997).
- STC 60/1995 (Pleno), de 16 de marzo de 1995, ECLI:ES:TC:1995:60 (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995).
- STC 13/1995 (Sala Primera), de 24 de enero de 1995, ECLI:ES:TC:1995:13 (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995).
- ATC 291/1994 (Sec. 1.ª), de 31 de octubre de 1994, ECLI:ES:TC:1994:291A.
- STC 260/1994 (Sala Primera), de 3 de octubre de 1994, ECLI:ES:TC:1994:260 (BOE núm. 267, de 08 de noviembre de 1994).
- STC 215/1994 (Pleno), de 14 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:215 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994).
- ATC 222/1994 (Sec. 1.ª), de 11 de julio de 1994, ECLI:ES:TC:1994:222A.

- STC 47/1993 (Sala Segunda), de 8 de febrero de 1993, ECLI:ES:TC:1993:47 (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1993).
- STC 222/1992 (Pleno), de 11 de diciembre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:222 (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993).
- STC 77/1991 (Pleno), de 14 de mayo de 1991, ECLI:ES:TC:1991:77 (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1991).
- STC 38/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:38 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991).
- STC 35/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:35 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991).
- STC 31/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:31 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991).
- STC 30/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:30 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991).
- STC 29/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ECLI:ES:TC:1991:29 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991).
- STC 200/1991 (Sala Segunda), de 28 de octubre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:200 (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 1991).
- STC 192/1991 (Sala Segunda), de 14 de octubre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:192 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991).
- STC 184/1990 (Pleno), de 15 de noviembre de 1990, ECLI:ES:TC:1990:184 (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990).
- STC 45/1989 (Pleno), de 20 de febrero de 1989, ECLI:ES:TC:1989:45 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989).
- STC 260/1988 (Sala Segunda), de 22 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TC:1988:260 (BOE núm. 19, de 23 de enero de 1989).
- STC 142/1988 (Pleno), de 12 de julio de 1988, ECLI:ES:TC:1988:142 (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988).
- ATC 156/1987 (Sec. 2.ª), de 11 de febrero de 1987, ECLI:ES:TC:1987:156A.
- ATC 100/1987 (Sec. 1.ª), de 28 de enero de 1987, ECLI:ES:TC:1987:100A.
- STC 77/1986 (Sala Primera), de 12 de junio de 1986, ECLI:ES:TC:1986:77 (BOE núm. 159, de 04 de julio de 1986).
- ATC 328/1985 (Sec. 1.ª), de 22 de mayo de 1985, ECLI:ES:TC:1985:328A.
- STC 53/1985 (Pleno), de 11 de abril de 1985, ECLI:ES:TC:1985:53 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).
- STC 120/1984 (Sala Segunda), de 10 de diciembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:120 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1985).

- STC 22/1984 (Sala Segunda), de 17 de febrero de 1984, ECLI:ES:TC:1984:22 (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984).
- STC 16/1982 (Sala Segunda), de 28 de abril de 1982, ECLI:ES:TC:1982:16 (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982).
- STC 11/1981 (Pleno), de 8 de abril de 1981, ECLI:ES:TC:1981:11 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981).
- STC 5/1981 (Pleno), de 13 de febrero de 1981, ECLI:ES:TC:1981:5 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).
- STC 4/1981 (Pleno), de 2 de febrero de 1981, ECLI:ES:TC:1981:4 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).

Tribunal Supremo

Sala Primera

- STS 159/2019 (Sec. 1.ª), de 14 de marzo de 2019, Roj: STS 865/2019.
- STS 126/2019 (Sec. 1.ª), de 1 de marzo de 2019, Roj: STS 653/2019.
- STS 492/2018 (Sec. 1.ª), de 14 de septiembre de 2018, Roj: STS 3154/2018.
- STS 18/2018 (Sec. 1.ª), de 15 de enero de 2018, Roj: STS 41/2018.
- STS 617/2017 (Sec. 1.ª), de 20 de noviembre de 2017, Roj: STS 4159/2017.
- STS 579/2017 (Sec. 1.ª), de 25 de octubre de 2017, Roj: STS 3755/2017.
- STS 157/2017 (Sec. 1.ª), de 7 de marzo de 2017, Roj: STS 851/2017.
- STS 156/2017 (Sec. 1.ª), de 7 de marzo de 2017, Roj: STS 857/2017.
- STS 110/2017 (Sec. 1.ª), de 17 de febrero de 2017, Roj: STS 474/2017.
- STS 622/2016 (Sec. 991.ª), de 19 de octubre de 2016, Roj: STS 4525/2016.
- STS 551/2016 (Sec. 1.ª), de 20 de septiembre de 2016, Roj: STS 4091/2016.
- STS 441/2016 (Sec. 991.ª), de 30 de junio de 2016, Roj: STS 2995/2016.
- STS 263/2016 (Sec. 1.ª), de 20 de abril de 2016, ROJ: STS 1658/2016.
- STS 167/2016 (Sec. 1.ª), de 17 de marzo de 2016, Roj: STS 1169/2016.
- STS 713/2015 (Sec. 1.ª), de 16 de diciembre de 2015, Roj: STS 5683/2015.
- STS 701/2015 (Sec. 1.ª), de 22 de diciembre de 2015, Roj: STS 5571/2015.
- STS 516/2015 (Sec. 1.ª), de 16 de septiembre de 2015, Roj: STS 3831/2015.
- STS 391/2015 (Sec. 1.ª), de 15 de julio de 2015, Roj: STS 3217/2015.
- STS 167/2015 (Sec. 1.ª), del 18 de marzo de 2015, Roj: STS 968/2015.
- STS 90/2015 (Sec. 1.ª), de 20 de febrero de 2015, Roj: STS 554/2015.
- STS 47/2015 (Sec. 1.ª), de 13 de febrero de 2015, Roj: STS 253/2015.
- STS 707/2014 (Sec. 1.ª), de 3 de diciembre de 2014, Roj: STS 5107/2014.

- STS 616/2014 (Sec. 1.ª), de 18 de noviembre de 2014, Roj: STS 4608/2014.
- STS 619/2014 (Sec. 1.ª), de 30 de octubre de 2014, Roj: STS 4342/2014.
- STS 582/2014 (Sec. 1.ª), de 27 de octubre de 2014, Roj: STS 4243/2014.
- STS 413/2014 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 2014, Roj: STS 4233/2014.
- STS 491/2014 (Sec. 1.ª), de 29 de septiembre de 2014, Roj: STS 3853/2014.
- STS 200/2014 (Sec. 1.ª), de 25 de abril de 2014, Roj: STS 1699/2014.
- STS 740/2013 (Sec. 1.ª), de 5 de diciembre de 2013, Roj: STS 5765/2013.
- STS 679/2013 (Sec. 1.ª), de 20 de noviembre de 2013, Roj: STS 5713/2013.
- STS 723/2013 (Sec. 1.ª), de 14 de noviembre de 2013, Roj: STS 5469/2013.
- STS 359/2013 (Sec. 1.ª), de 24 de mayo de 2013, Roj: STS 2382/2013.
- STS 257/2013 (Sec. 1.ª), de 29 de abril de 2013, Roj: 2246/2013.
- STC 26/2013 (Sec. 1.ª), de 5 de febrero de 2013, Roj: STS 229/2013.
- STS 836/2013 (Sec. 991.ª), de 15 de enero de 2014, Roj: STS 608/2014.
- STS 201/2012 (Sec. 1.ª), de 26 de marzo de 2012, Roj: STS 1838/2012.
- STS 200/2012 (Sec. 1.ª), de 26 de marzo de 2012, Roj: STS 2195/2012.
- STS 769/2011 (Sec. 1.ª), de 11 de noviembre de 2011, Roj: STS 7327/2011.
- STS 758/2011 (Sec. 1.ª), de 4 de noviembre de 2011, Roj: STS 6998/2011.
- STS 689/2011 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 2011, Roj: STS 6491/2011.
- STS 690/2011 (Sec. 1.ª), de 6 de octubre de 2011, Roj: STS 6227/2011.
- STS 416/2011 (Sec. 1.ª), de 16 de junio de 2011, Roj: STS 3634/2011.
- STS 397/2011 (Sec. 1.ª), de 13 de junio de 2011, Roj: STS 4911/2011.
- STS 320/2011 (Sec. 1.ª), de 12 de mayo de 2011, Roj: STS 2676/2011.
- STS 258/2011 (Sec. 1.ª), de 25 de abril de 2011, Roj: STS 2666/2011.
- STS 217/2011 (Sec. 1.ª), de 31 de marzo de 2011, Roj: STS 2158/2011.
- STS 49/2010 (Sec. 1.ª), de 23 de febrero de 2010, Roj: STS 782/2010.
- STS 614/2009 (Sec. 1.ª), de 28 de septiembre de 2009, Roj: STS 5707/2009.
- STS 565/2009 (Sec. 1.ª), de 31 de julio de 2009, Roj: STS 5817/2009.
- STS 576/2009 (Sec. 1.ª), de 27 de julio de 2009, Roj: STS 5382/2009.
- STS 366/2009 (Sec. 1.ª), de 25 de mayo de 2009, Roj: STS 3061/2009.
- STS 1040/2008 (Sec. 1.ª), de 30 de octubre de 2008, Roj: STS 7175/2008.
- STS 556/2008 (Sec. 1.ª), de 12 de junio de 2008, Roj: STS 3607/2008.
- STS 299/2008 (Sec. 1.ª), de 8 de mayo de 2008, Roj: STS 2187/2008.
- STS 253/2008 (Sec. 1.ª), de 15 de abril de 2008, Roj: STS 4597/2008.
- STS 240/2008 (Sec. 1.ª), de 27 de marzo de 2008, Roj: STS 4306/2008.
- STS 567/2007 (Sec. 1.ª), de 27 de mayo de 2007, Roj: STS 4499/2007.
- STS 249/2007 (Sec. 1.ª), de 26 de febrero de 2007, Roj: STS 1044/2007.
- STS 1048/2006 (Sec. 1.ª), de 19 de octubre de 2006, Roj: STS 6421/2006.

- STS 776/2006 (Sec. 1.ª), de 17 de julio de 2006, Roj: STS 4322/2006.
- STS 646/2006 (Sec. 1.ª), de 20 de junio de 2006, Roj: STS 3722/2006.
- STS 927/2005 (Sec. 1.ª), de 5 de diciembre de 2005, Roj: STS 7435/2005.
- STS 611/2005 (Sec. 1.ª), de 12 de septiembre de 2005, Roj: STS 5270/2005.
- STS 650/2005 (Sec. 1.ª), de 6 de septiembre de 2005, Roj: STS 5216/2005.
- STS 284/2005 (Sec. 1.ª), de 21 de abril de 2005, Roj: STS 2480/2005.
- STS 632/2004 (Sec. 1.ª), de 28 de junio de 2004, Roj: STS 4535/2004.
- STS 646/2003 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 2003, Roj: STS 4591/2003.
- STS 5/2003 (Sec. 1.ª), de 17 de enero de 2003, Roj: STS 122/2003.
- STS 858/2002 (Sec. 1.ª), de 20 de septiembre de 2002. Roj: STS 6004/2002.
- STS 749/2002 (Sec. 1.ª), de 16 de julio de 2002, Roj: STS 5840/2001.
- STS 683/2002 (Sec. 1.ª), de 9 de julio de 2002, Roj: STS 5119/2002.
- STS 700/2001 (Sec. 1.ª), de 5 de julio de 2001, Roj: STS 5840/2001.
- STS 327/2001 (Sec. 1.ª), de 27 de marzo de 2001, Roj: STS 2513/2001.
- STS 242/2001 (Sec. 1.ª), de 16 de marzo de 2001, Roj: STS 2137/2001.
- STS 8/2001 (Sec. 1.ª), de 22 de enero de 2001, Roj: STS 295/2001.
- STS 31/2001 (Sec. 1.ª), de 18 de enero de 2001, Roj: STS 188/2001.
- STS 704/2000 (Sec. 1.ª), de 10 de julio de 2000, Roj: STS 5664/2000.
- STS 411/2000 (Sec. 1.ª), de 24 de abril de 2000, Roj: STS 3422/2000.
- STS 1017/1999 (Sec. 1.ª), de 23 de noviembre de 1999, Roj: STS 7428/1999.
- STS 790/1998 (Sec. 1.ª), de 23 de julio de 1998, Roj: STS 4979/1998.
- STS 550/1998 (Sec. 1.ª), de 4 de junio de 1998, Roj: STS 3668/1998.
- STS 212/1998 (Sec. 1.ª), de 10 de marzo de 1998, Roj: STS 1600/1998.
- STS 1151/1997 (Sec. 1.ª), de 19 de diciembre de 1997, Roj: STS 7874/1997.
- STS 325/1997 (Sec. 1.ª), de 22 de abril de 1997, Roj: STS 2817/1997.
- STS 1085/1996 (Sec. 1.ª), de 16 de diciembre de 1996, Roj: STS 7256/1996.
- STS 477/1996 (Sec. 1.ª), de 11 de junio de 1996, Roj: STS 3557/1996.
- STS 229/1995 (Sec. 1.ª), de 18 de marzo de 1995, Roj: STS 1633/1995.
- STS 1182/1994 (Sec. 1.ª), de 30 de diciembre de 1994, Roj: STS 21858/1994.
- STS 1181/1994 (Sec. 1.ª), de 30 de diciembre de 1994, Roj: STS 9268/1994.
- STS 1075/1994 (Sec. 1.ª), de 24 de noviembre de 1994, Roj: STS 7619/1994.
- STS 948/1994 (Sec. 1.ª), de 20 de octubre de 1994, Roj: STS 6709/1994.
- STS 894/1994 (Sec. 1.ª), de 11 de octubre de 1994, Roj: STS 6456/1994.
- STS 536/1994 (Sec. 1.ª), de 27 de mayo de 1994, Roj: STS 4133/1994.
- STS 764/1993 (Sec. 1.ª), de 22 de julio de 1993, Roj: STS 5639/1993.
- STS 779/1993 (Sec. 1.ª), de 21 de julio de 1993, Roj: STS 5592/1993.
- STS 492/1993 (Sec. 1.ª), de 21 de mayo de 1993, Roj: STS 17560/1993.

- STS 524/1993 (Sec. 1.ª), de 20 de mayo de 1993, Roj: STS 3189/1993.
- STS 487/1993 (Sec. 1.ª), de 20 de mayo de 1993, Roj: STS 17556/1993.
- STS 116/1993 (Sec. 1.ª), de 18 de febrero de 1993, Roj: STS 727/1993.
- STS 9/1993 (Sec. 1.ª), de 26 de enero de 1993, Roj: STS 209/1993.
- STS 1149/1992 (Sec. 1.ª), de 11 de diciembre de 1992, ROJ: STS 17044/1992.
- STS 913/1992 (Sec. 1.ª), de 21 de octubre de 1992, Roj: STS 7878/1992.
- STS 690/1992 (Sec. 1.ª), de 2 de julio de 1992, Roj: STS 5337/1992.
- STS 469/1992 (Sec. 1.ª), de 18 de mayo de 1992, Roj: STS 3961/1992.
- STS 563/1990 (Sec. 1.ª), de 11 de octubre de 1990, Roj: STS 10825/1990.
- STS 302/1987 (Sec. 1.ª), de 14 de mayo de 1987, Roj: STS 9107/1987.
- STS 374/1986 (Sec. 1.ª), de 13 de junio de 1986, Roj: STS 8091/1986.
- STS 487/1985 (Sec. 1.ª), de 13 de julio de 1985, Roj: STS 358/1985.
- STS 255/1984 (Sec. 1.ª), de 18 de abril de 1984, Roj: STS 92/1984.
- STS 315/1982 (Sec. 1.ª), de 1 de julio de 1982, Roj: STS 1171/1982.
- STS de 23 de mayo de 1965.

Sala Segunda

- STS 1056/2005 (Sec. 1.ª), de 27 de septiembre de 2005, Roj: STS 5597/2005.
- STS 1612/2001 (Sec. 1.ª), de 17 de septiembre de 2001, Roj: STS 6805/2001.

Sala Tercera

- STS 1430/2017 (Sec. 2.ª), de 25 de septiembre de 2017, Roj: STS 3405/2017.
- STS 647/2017 (Sec. 2.ª), de 6 de abril de 2017, Roj: STS 1329/2017.
- STS 511/2017 (Sec. 2.ª), de 24 de marzo de 2017, Roj: STS 1086/2017.
- STS 1777/2016 (Sec. 2.ª), de 14 de julio de 2016, Roj: STS 3773/2016.
- STS (Sec. 2.ª), de 1 de abril de 2014, Roj: 1693/2014.
- STS (Sec. 2.ª), de 12 de diciembre de 2011, Roj: STS 9166/2011.
- STS (Sec. 2.ª), de 14 de julio de 2011, Roj: STS 4946/2011.
- STS (Sec. 2.ª), de 18 de marzo de 2003, Roj: STS 1847/2003.

Sala Cuarta

- ATS (Sec. 1.ª), de 16 de febrero de 2009, Roj: ATS 3772/2009.
- STS (Sec. 1.ª), de 29 de octubre de 2007, Roj STS 8030/2007.
- STS (Sec. 1.ª), de 3 de mayo de 2007, Roj STS 3903/2007.

- STS (Sec. 1.ª), de 19 de noviembre de 1998, Roj: STS 6874/1998.

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ Aragón 2/2018 (Sec. 1.ª), de 18 de enero de 2018, Roj: STSJ AR 20/2018.
- STSJ Aragón 10/2017 (Sec. 1ª), de 11 de mayo de 2017, Roj: STS 26/2017.
- STSJ Aragón, 1/2016 (Sec. 1.ª), de 13 de enero de 2016, Roj: STSJ AR 4/2016.
- STSJ Cataluña 29/2015 (Sec. 1.ª), de 4 de mayo de 2015, Roj: STSJ CAT 5647/2015.
- STSJ Cataluña 45/2014 (Sec. 1.ª), de 7 de julio de 2014, Roj: STSJ CAT 7770/2014.
- STSJ Cataluña 2/2014 (Sec. 1.ª), de 9 de enero de 2014, Roj: STSJ CAT 5/2014.
- STSJ Cataluña 6/2006 (Sec. 1ª), de 23 de febrero de 2006, Roj: STSJ CAT 1628/2006.

Audiencias Provinciales

- SAP Madrid 851/2019 (Sec. 22.ª), de 18 de octubre de 2019, Roj: SAP M 14414/2019.
- SAP Valencia 762/2019 (Sec. 10.º), de 18 de noviembre de 2019, Roj: SAP V 4582/2019.
- SAP Málaga 1028/2018 (Sec. 6.ª), de 28 de diciembre de 2018, Roj: SAP MA 2583/2018.
- SAP Madrid 1015/2018 (Sec. 22.ª), de 30 de noviembre de 2018, Roj: SAP MA 16061/2018.
- SAP Málaga 682/2018 (Sec. 6.ª), de 19 de julio de 2018, Roj: SAP MA 2570/2018.
- SAP Cáceres 170/2018 (Sec. 1º), de 16 de marzo de 2018, Roj: SAP CC 183/2018.
- SAP Barcelona 302/2018 (Sec. 12ª), de 7 de marzo de 2018, Roj: SAP B 1133/2018.
- SAP Barcelona 151/2018 (Sec. 18ª), de 22 de febrero de 2018, Roj: SAP B 1226/2018.

- SAP Valencia 1008/2017 (Sec. 10.º), de 22 de noviembre de 2017, Roj: SAP V 4260/2017.
- SAP Valencia 965/2017 (Sec. 10º), de 13 de noviembre de 2017, Roj: SAP V 4558/2017.
- SAP Barcelona 491/2017 (Sec. 12ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP B 10680/2017.
- SAP Logroño 86/2017 (Sec. 1ª), de 19 de mayo de 2017, Roj: SAP LO 144/2017.
- SAP Vizcaya 339/2017 (Sec. 4ª), de 5 de mayo de 2017, Roj: SAP BI 996/2017.
- SAP Valencia 371/2017 (Sec. 10ª), de 3 de mayo de 2017, Roj: SAP V 1726/2017.
- SAP Navarra 200/2017 (Sec. 3.ª), de 26 de abril de 2017, Roj: SAP NA 584/2017.
- SAP Barcelona 375/2017 (Sec. 12ª), de 11 de abril de 2017, Roj: SAP B 4586/2017.
- SAP Lugo 118/2017 (Sec. 1ª), de 5 de abril de 2017, Roj: SAP LU 199/2017.
- SAP Badajoz 32/2017 (Sec. 3ª), de 7 de febrero de 2017, Roj: SAP BA 23/2017.
- SAP Valladolid 49/2017 (Sec. 1ª), de 6 de febrero de 2017, Roj: SAP VA 177/2017.
- SAP Palencia 26/2017 (Sec. 1ª), de 3 de febrero de 2017, Roj: SAP P 64/2017.
- SAP Cádiz 26/2017 (Sec. 5ª), de 18 de enero de 2017, Roj: SAP CA 28/2017.
- SAP Ourense 7/2017 (Sec. 1ª), de 18 de enero de 2017, Roj: SAP OU 17/2017.
- SAP Melilla 71/2016 (Sec. 7ª), de 29 de diciembre de 2016, Roj: SAP ML 212/2016.
- SAP Barcelona 678/2016 (Sec. 12ª), de 29 de septiembre de 2016, Roj: SAP B 11770/2016.
- SAP Vizcaya 490/2016 (Sec. 4ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP BI 1637/2016.
- SAP Lleida 374/2016 (Sec. 2ª), de 29 de julio de 2016, Roj: SAP L 765/2016.
- SAP Navarra 134/2015 (Sec. 3ª), de 24 de abril de 2015, Roj: SAP NA 717/2015.
- SAP Sevilla (Sec. 8.ª), de 20 de febrero de 2014, Roj: SAP SE 921/2014.
- SAP Lleida 411/2013 (Sec. 2.ª), de 29 de octubre de 2013, Roj: SAP L 766/2013.

- SAP Valencia 698/2013 (Sec. 10.º), de 28 de octubre de 2013, Roj: SAP V 5020/2013.
- SAP Murcia 82/2013 (Sec. 4.ª), de 7 de febrero de 2013, Roj: SAP MU 347/2013.
- SAP Barcelona 632/2012 (Sec. 11.ª), de 19 de diciembre de 2012, Roj: SAP B 15025/2012.
- SAP Lleida 228/2012 (Sec. 2.ª), de 31 de mayo de 2012, Roj: SAP L 440/2012.
- SAP Toledo 147/2012 (Sec. 2.ª), de 25 de mayo de 2012, Roj: SAP TO 426/2012.
- SAP Granada 473/2011 (Sec. 5.ª), de 4 de noviembre de 2011, Roj: SAP GR 1456/2011.
- SAP Valencia 387/2011 (Sec. 10.º), de 23 de mayo de 2011, Roj: SAP V 2606/2011.
- SAP Málaga 65/2011 (Sec. 6.ª), de 3 de febrero de 2011, Roj: SAP MA 419/2011.
- SAP Málaga 638/2010 (Sec. 6.ª), de 1 de diciembre de 2010, Roj: SAP MA 3030/2010.
- SAP Alicante 149/2008 (Sec. 6.ª), de 9 de abril de 2008, Roj: SAP A 2015/2008.
- AAP Barcelona 129/2007 (Sec. 18.ª), de 28 de junio de 2007, Roj: AAP B 5087/2007.
- SAP Tenerife 252/2007 (Sec. 1.ª), de 2 de julio de 2007, Roj: SAP TF 1608/2007.
- SAP Tenerife 104/2006 (Sec. 1.ª), de 13 de marzo de 2006, Roj: SAP TF589/2006.
- SAP Alicante 83/2005 (Sec. 6.ª), de 18 de febrero de 2005, Roj: SAP A 560/2005.
- SAP Navarra 20/2004 (Sec. 2.ª), de 4 de febrero de 2004, Roj: SAP NA 126/2004.
- SAP Tarragona 318/2003 (Sec, 1.ª), de 21 de julio de 2003, Roj: SAP T 1142/2003.
- SAP Tenerife 231/2002 (Sec. 1.ª), de 6 de mayo de 2002, Roj: SAP TF 1163/2002.

Tribunales extranjeros

Reino Unido

- *R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary)* [2018] UKSC 32.
- *Re C (Welfare of Child: Immunisation)* [2003] EWCA Civ 1148, [2003] 2 FLR 1095.
- *Re J (Specific Issue Orders)(Muslim Upbringing and Circumcision)* [2000] 1 FLR 571.
- *Re PC (Change of Surname)* [1997] 2 FLR 230.
- *Re G (A Minor)(Parental Responsibility: Education)* [1994] 2 FLR 964, CA.
- *Re H (A Minor)(Contact)* [1994] 2 FLR 776.
- *Re C (A Minor)(Access)* [1992] 1 FLR 309, CA.

Francia

- TGI Paris, JAF, 18 sept. 2009, *AJ fam.* p. 490.
- Civ. 1ère 16 avril 2008, *Bull. civ.* I, n° 106, *JCP* 2009, I, 102-.
- TGI Paris 28 mars 2008, *AJ fam.* 2008, p. 249.
- TGI Grenoble, JAF, 28 janv. 2008, *AJ fam.* 2008, p. 476.
- TGI Lille, 18 déc. 2007, *Dr. fam.* 2008, 2058.
- Civ. 1ère 24 février 2006, *enfants Camille et Lou*, *Bull. civ*. I, n° 101, *D*. 2006, 897.

Países Bajos

- *Dutch Supreme Court*, HR 26 January 1990, *NJ* 1990, *nr*. 630.
- *Dutch Supreme Court*, HR 22 February 1985, *NJ* 1986,3.

Estados Unidos de América

- *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).
- *Bupp v. Bupp*, 718 A.2d 1278 (Pa. Super. Ct. 1998).

- *Tailor v. Becker*, 708 A.2d 626 (Del. 1998).
- *Price v. Howard*, 484 S.E.2d 528 (N.C. 1997).
- *Commonwealth ex. rel. Morgan v. Smith, 429 Pa. 561, 565, 241 A.2d 531, 533* (1968).
- *Petersen v. Rogers*, 337 N.C. 397, 445 S.E.2d 901 (1994).
- *Holtzman v. Knott*, (In re Custody of H.S.H-K.), 193 Wis. 2d 649, 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995), cert. denied, 516 U.S. 975 (1995).
- *J.A.L. v. E.P.H.*, 453 Pa. Superior Ct. 78 (1996) 682 A.2d 1314.