

Familias reconstituidas y formas de parentalidad

Un estudio jurídico-comparado para redefinir los lazos familiares

Laura Esteve Alguacil

TESIS DOCTORAL UPF 2023

DIRECCIÓN DE LA TESIS

Dr. Josep Ferrer Riba

Dra. Esther Farnós Amorós

DEPARTAMENT DE DRET



Agradecimientos

La realización de esta tesis doctoral es resultado de las aportaciones de diversas mujeres a lo largo de mi vida a las que estoy profundamente agradecida. Sin duda, nunca hubiera podido imaginar esta opción académica y profesional si no hubiera sido por el ejemplo de mi madre. Tampoco sin que, al finalizar la carrera, la Dra. Marisa Iglesias me animara a dedicarme a la investigación tras dirigir mi Trabajo de Final de Grado en Derecho. Esta tesis doctoral no sería tal y como es ahora si la Dra. Esther Farnós no hubiera confiado en mí cuando, en 2017 y a la vuelta de Lima, le expresé mi interés por el derecho de familia. Por último, otra mujer ha ayudado a la culminación de este proceso, la Prof. Cynthia G. Bowman. Gracias a su programa *Dorothea L. Clarke in Feminist Jurisprudence*, he tenido la oportunidad de realizar una estancia de investigación que ha sido todo un privilegio.

Tanto a la Dra. Farnós como al Dr. Josep Ferrer Riba, agradezco su papel de directores: sus certeros comentarios y toda su ayuda, sin duda, han mejorado el texto. Por supuesto, también agradezco el acompañamiento y apoyo de los miembros, actuales y anteriores, del *Grup de Recerca en Dret Patrimonial* de la Universitat Pompeu Fabra, en el cual he tenido el placer de integrarme estos últimos cinco años. Así como el cariño y apoyo del resto de trabajadores de la universidad con quienes he tenido el placer de coincidir.

Quiero aprovechar este último párrafo para expresar cuánto valoro el amor y apoyo recibido por el resto de mi familia, especialmente mi padre y mi hermana, así como de todas mis amigas. Muchas gracias por vuestra paciencia infinita.

Resumen

La presente tesis doctoral realiza una propuesta normativa para regular jurídicamente una relación socialmente muy diversa: la que se da entre un hijo o hija y la pareja de uno de sus progenitores o «adulto afín». La propuesta, cuyo alcance es el derecho civil (y, en particular, el derecho de familia) contiene tres instrumentos o mecanismos alternativos. Estos toman como punto de partida ideas como las de parentalidad funcional o socioafectividad, de desagregación parental y de multiparentalidad. De esta manera, el rol del adulto afín se reconocería en base a su ejercicio efectivo de ciertas funciones parentales (si bien, no necesariamente de todas ellas) en posible adición a dos progenitores completamente funcionales. Los instrumentos propuestos se inspiran en parte en otros ya existentes en el derecho comparado y son (1) un estatuto de «cuidador afín», (2) la atribución de responsabilidades parentales y (3) una forma de adopción «aditiva». Además de la aplicación automática del primero de los regímenes tras dos años de convivencia familiar, las familias reconstituidas podrían optar entre los otros dos. De esta manera, se pretende regular la relación afín teniendo en cuenta tanto la protección de los menores como la autocomposición familiar.

Abstract

This doctoral thesis puts together a normative proposal to legally regulate the relationship between a child and their stepparent, which is particularly diverse from a social point of view. The proposal is circumscribed to the field of private family law and contains three alternative instruments or mechanisms. These take as their starting points ideas such as functional parenthood, parental disaggregation, and multiparentality. Thus, the stepparent role would be recognized based on their effective exercise of certain parental functions (not necessarily all of them) and possibly in addition to two fully functional parents. The proposed instruments are partly inspired by already existing ones in comparative law and are (1) a “caregiver” status, (2) the attribution of parental responsibilities, and (3) a form of “additive” adoption. The first regime would automatically operate after two years of cohabitation whereas the other two could be voluntarily adopted by the families themselves. This way, the necessary protection of minor children would be guaranteed but family self-composition would also be promoted.

Índice

ABREVIATURAS Y SIGLAS xiii

INTRODUCTION..... xvii

CAPÍTULO I RELACIONES AFINES EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y SU ENCAJE JURÍDICO

1.	Unas realidades difíciles de nombrar.....	1
2.	La reconstitución familiar y su relevancia en la sociedad española	8
2.1.	Las familias reconstituidas en el contexto sociodemográfico español.....	8
2.2.	Las familias reconstituidas como «postfamilias».....	18
3.	La relación entre la pareja del progenitor y el hijo menor: ¿una relación familiar?.....	21
3.1.	La incorporación del adulto afín a la familia	21
3.2.	Parentalidad y crianza en las familias reconstituidas	25
3.2.1.	Ausencia del progenitor no residente.....	26
3.2.2.	Existencia de dos hogares paralelos o en conflicto.....	27
3.2.3.	Existencia de dos hogares armoniosos	30
4.	La regulación de las familias reconstituidas en España	32
4.1.	El inicio de su reconocimiento jurídico	32
4.2.	Las familias reconstituidas en el derecho de familia.....	37
4.2.1.	Instrumentos «genéricos» de derecho de familia.....	38
4.2.2.	Reconocimiento e instrumentos específicos de los derechos de familia autonómicos	44
4.3.	Las familias reconstituidas en el derecho de sucesiones.....	51
4.4.	Las relaciones afines en otros ámbitos del derecho	55

4.5. Limitaciones	59
-------------------------	----

CAPÍTULO II
FUNDAMENTOS DE UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA LA
RELACIÓN AFÍN

1. Las familias reconstituidas y el concepto jurídico de familia	63
1.1. Concepto abierto de familia e igualdad de los hijos e hijas.....	63
1.2. La pareja de adultos como base de la familia	67
1.3. Presentación y líneas teóricas de la propuesta.....	70
2. Parentalidad funcional y socioafectividad.....	77
2.1. <i>Functional parenthood</i> en el derecho estadounidense	78
2.2. El enfoque funcional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	81
2.3. El <i>child of the family/ marriage</i> en el derecho de Inglaterra y Gales y Canadá	82
2.4. La socioafectividad en el contexto jurídico latinoamericano.....	84
2.5. La funcionalidad/socioafectividad en la relación afín	86
3. Desagregación de la figura parental.....	87
4. Multiparentalidad: una realidad en el derecho comparado.....	91
4.1. Multiparentalidad <i>ex ante</i> : proyectos reproductivos colaborativos.....	94
4.1.1. Ontario y Columbia Británica (Canadá)	94
4.1.2. La propuesta del comité de Países Bajos	99
4.2. Multiparentalidad sobrevenida	101
4.2.1. Reconocimiento de la socioafectividad.....	101
4.2.2. Filiaciones contradictorias y discreción judicial en California y la UPA 2017	104

CAPÍTULO III
CUIDADORES AFINES: UN ESTATUTO AUTOMÁTICO DERIVADO DE
LA CONVIVENCIA

1.	Una relación familiar no parental derivada de la convivencia .	111
2.	Establecimiento y duración de la relación afín de cuidado	117
2.1.	Aplicación automática y posibilidad de exclusión	117
2.2.	Requisitos	124
2.2.1.	Relación con el progenitor.....	124
2.2.2.	Convivencia con el menor	129
2.2.3.	El progenitor residente como guardador del menor ..	133
2.3.	Extinción	136
3.	Contenido personal de la relación	137
3.1.	Durante la convivencia.....	138
3.1.1.	La intervención en el cuidado y las responsabilidades diarias.....	138
3.1.2.	Ampliación de su alcance en situaciones de riesgo inminente	143
3.2.	Tras el cese de la convivencia.....	145
3.2.1.	Posibilidad de establecer un régimen de relaciones	146
3.2.2.	Posibilidad de obtención de la guarda por parte del adulto afín.....	149
3.2.3.	Hijos no comunes y procedimiento de separación	156
4.	Manutención del menor	157
4.1.	Durante la convivencia.....	158
4.2.	Tras el cese de la convivencia.....	167

CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDADES PARENTALES DEL ADULTO AFÍN

1.	Responsabilidades parentales de terceros cuando existen progenitores funcionales	169
1.1.	En sustitución de uno de los progenitores	172
1.2.	En adición de ambos progenitores	175
2.	Atribución y duración de responsabilidades parentales del adulto afín.....	179
2.1.	Características del adulto afín	179
2.2.	Diferentes modos de atribución.....	183
2.2.1.	<i>Ope legis</i>	183
2.2.2.	Acuerdo homologado judicialmente	184
2.2.3.	Atribución judicial sin acuerdo	188
2.3.	Extinción	190
2.4.	Adquisición de responsabilidades parentales tras la ruptura de la pareja.....	196
2.5.	El supuesto especial de la muerte del progenitor residente.....	197
3.	Contenido de las responsabilidades parentales del adulto afín	200
3.1.	Contenido personal y patrimonial de las responsabilidades parentales	200
3.2.	Manutención del menor	203
3.2.1.	Una obligación con fundamento en la relación de filiación.....	204
3.2.2.	Una obligación con fundamento en la responsabilidad parental.....	208
3.2.3.	Una obligación <i>ad hoc</i> de carácter excepcional.....	210
3.2.4.	Cuantificación de la obligación	217
3.3.	Posible contenido sucesorio	219

4.	Número de responsables y ejercicio de la responsabilidad parental.....	222
4.1.	Multiparentalidad y conflictos	222
4.2.	Tipos de actuaciones en el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales	224
4.3.	Desacuerdos y deber de actuar.....	230

CAPÍTULO V

LA ADOPCIÓN ADITIVA POR PARTE DEL ADULTO AFÍN

1.	De adulto afín a progenitor	233
1.1.	La elección del mecanismo de la adopción	236
1.2.	Adopción de menores con un solo progenitor determinado.....	240
1.3.	Adopción de menores con dos progenitores determinados.....	242
1.3.1.	Progenitor no residente fallecido.....	242
1.3.2.	Progenitor no residente ausente / no implicado en la vida del menor	244
1.3.3.	Progenitor no residente implicado en la vida del menor.....	246
1.4.	Adición de vínculos: la adopción simple	247
1.4.1.	Antecedentes en derecho español	247
1.4.2.	Derecho comparado.....	251
2.	Las particularidades de la adopción en las familias reconstituidas	256
2.1.	La finalidad de la adopción	257
2.2.	Requisitos específicos	259
2.2.1.	Adoptante.....	259
2.2.2.	Participación de los progenitores.....	267
2.3.	Irrevocabilidad y extinción.....	268

3.	Adopción de mayores de edad	271
3.1.	Relación parental y sustitución	272
3.2.	Participación del progenitor no residente.....	277
4.	Multiparentalidad tras una adopción: efectos.....	278
4.1.	Una verdadera relación de filiación	279
4.2.	Alimentos	289
4.3.	Titularidad y ejercicio de las responsabilidades parentales.....	291
4.4.	Sucesiones.....	294
4.5.	Apellidos	301
	CONCLUSIONS	305
	BIBLIOGRAFÍA	311

Abreviaturas y siglas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ACA 2002	<i>Adoption and Children Act</i> (Inglaterra y Gales)
ALI	<i>American Law Institute</i>
AP	Audiencia Provincial
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
art.	Artículo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Alemania)
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORA	Boletín Oficial de la República de Argentina
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> (Países Bajos)
CA 1989	<i>Children Act 1989</i> (Inglaterra y Gales)
Cal. Fam. Code	<i>California Family Code</i>
CC	Código Civil Español
CCAPDC	Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
CCCat	Código Civil de Catalunya
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
CCF	<i>Code Civil</i> (Francia)
CCI	<i>Codice civile</i> (Italia)
C DFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEEDN	Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (Catalunya)
CFC	Código de las Familias (Cuba)
CNJ	Consejo Nacional de Justicia (Brasil)
CNUDN	Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño
Compilación de 1985	Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón

CPA 2004	<i>Civil Partnership Act</i> (Inglaterra y Gales)
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
DPMCA 1978	<i>Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act</i> (Inglaterra y Gales)
DRAE	Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española
ECH	Encuesta Continua de Hogares
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
EE. UU.	Estados Unidos de América
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
Excmo./-a	Excelentísimo/-a
f.c.	Fecha de la última consulta
FLR	<i>Family Law Reports</i> (Inglaterra y Gales)
FNN	Fuero Nuevo de Navarra
GORC	Gaceta Oficial de la República de Cuba
Ilmo./-a	Ilustrísimo/-a
INE	Instituto Nacional de Estadística
L184/1983	<i>Legge n. 184, 4 maggio 1983, de Diritto del minore ad una familia</i> (Italia)
LAI	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional
LAT	<i>Living Apart Together</i>
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LDCPV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 11/1981	Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

Ley 13/2006	Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (Aragón)
Ley 15/2005	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
Ley 26/2015	Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LGTBIQ+	Lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales, <i>queer</i> y más
Ley Foral 6/2000	Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra)
Libro II CCCat	Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia
LISD	Ley 28/1987 de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LOPJM	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
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
LRCSCVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
MCA 1973	<i>Matrimonial Causes Act 1973</i> (Inglaterra y Gales)
MP	Magistrado/-a Ponente
n.	Nota
núm.	Número
p./pp.	Página/páginas
pár.	Párrafo

RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
Reglamento Bruselas II ter	Reglamento UE nº 2019/1111 del Consejo de 21 de junio 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
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil
SAP ss.	Sentencia de la Audiencia Provincial Sigüentes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de reproducción humana asistida
TRLGSS	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
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UNCVA	<i>Uniform Non-parent Custody and Visitation Act</i> (EE. UU.)
UPA	<i>Uniform Parentage Act</i> (EE. UU.)
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen

Introduction

The present doctoral thesis aims to lay out a proposal on how to regulate stepparent-child relationships. Although it focuses on Spanish law¹, the particular regulations that I propose could be useful to many other legal systems.

I use a definition of stepfamilies that comprehends any family in which a minor child lives with a parent and this parent's spouse or partner, who is not legally nor biologically his or her parent, and where the adult relationship began after the child was born. Consequently, the child might have an additional non-residential parent. The terms resident and non-resident parent refer to the parent who has formed a new couple and lives with the stepfamily, and to the one who does not, respectively.

Stepfamilies are now becoming a growing research subject in the Spanish research field of legal sciences². However, until now, most

¹ Four different Spanish civil codes are taken as reference: The Spanish Civil Code (CC), the Catalan Civil Code (CCCat), the Civil Code of Aragón (CDA), and the Civil Code of Navarra (CCN). Although there are more Spanish regions that have enacted their own civil rules, only these are selected because of their completeness and/or the fact that they contain some explicit regulations for stepfamilies.

² See, for example, Celia CARRILLO LERMA, *Las familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021. Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 13, 2020, pp. 194-223. Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 617-686. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas», en María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Judith SOLE RESINA, (eds.), *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, València, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211-251. Vincenzo BARBA, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, IX, 2022, pp. 157-206. Silvia TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastros*, Madrid, Reus, 2009, 216 pp.. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el código civil de Cataluña», en Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Mario E. CLEMENTE MEORO, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Rafael VERDERA SERVER, (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, València, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 2187-2212. María Teresa DUPLÁ MARÍN,

contributions have dealt with them by signaling their existence and their lack of accommodation in traditional family law, and by proposing some minor reforms that would work as patches to the mold of a nuclear-heterosexual legal family. In this work, I attempt to contribute to a more radical deconstruction of family ties and thus point to the link between stepparent-child relationships and functional parenthood, disaggregation of parental status, and multiparentality. I defend the idea that stepparents can perform some or all parental functions irrespective of the legal links between them and the children, and both in substitution or addition to two functional legal parents.

The thesis, written in Spanish, is composed of five chapters. These are preceded by this introduction and followed by a conclusions section, which is also written in English. Chapter I begins with a sociodemographic account of stepfamilies in Spain. Couples that live with stepchildren suppose 5-6% of the total number of couples with children³ and display a much higher cohabitation rate than couples with only common children.⁴ Other demographic features of the Spanish society enable the formation of stepfamilies. These are voluntary no-fault, easily accessible divorce; the fact that 66,2% of Spanish households are still formed by couples with children;⁵ the automatic, legal attribution of parental responsibilities to unmarried non-gestational parents; and joint co-parenting after divorce as the default rule. Regarding parental roles and strategies, stepfamilies are very

«Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente», en Reyes BARRADA, Martín GARRIDO, Sergio NASARRE, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 735-746.

³ INE, “Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos”, *Encuesta Nacional de Hogares*. Data from 2013 to 2020 available here:

<https://www.ine.es/jaxiPx/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01020.px&L=1> (last accessed: 23.09.2022).

⁴ 51,89% v. 11,22%, for 2020. My own calculation: *Ibid*.

⁵ My own calculation: INE, “Número de hogares según tipo de hogar y número de habitaciones de la vivienda”, *Encuesta Nacional de Hogares*. Data from 2013 to 2020 available here:

<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01003.px&L=0> (last accessed: 23.09.2022).

diverse and a particularly good example of what has been called a “negotiating family”⁶. In them, social roles are unclear and its members (especially stepparents and non-residential parents) have to negotiate their particular one among each other.

As previous legal literature has already shown, Spanish family law lacks adequate legal instruments to regulate the vertical relationship between stepparents and children. However, firstly, it needs to be assessed whether it would be convenient to regulate this relationship. I argue that, although it will depend on how regulation is designed, providing recognition of these relationships can be in the interest of many families and, especially the children in them. This recognition would allow for the continuation of valuable relationships for them should there be a family breakdown, but also provide for more potential adults to be responsible for them in case of need. Furthermore, despite the still-standing supremacy of the nuclear married family, many areas of the law have already had to face conflicts regarding the effects of this particular relationship (e.g. regarding rent subrogation among relatives, employment and tax benefits, international family reunification, etc.). This shows that step-relations are present and common in Spanish society, that they lack adequate statutory recognition, and that a family law reform would help other areas of the law to give them uniform, consistent treatment.

The sociological, anthropological, and psychological research reviewed on stepfamilies shows that members do not rely on status to consider a step-relationship to have a family component. Rather, it is the practice of care that enables such a relationship to develop. That is, the stepchild does not consider the stepparent to be a relevant or parent-like figure just by them marrying or cohabiting with the parent. On the contrary, a caring, affectionate, autonomous relationship must develop between them for the stepparent to be regarded as such. Thus, in Chapter II, I defend that when aiming to regulate this relationship, it is important to take into account functional accounts of parenthood, particularly

⁶ Ulrich BECK y Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001, pp. 4-5.

present in common law doctrines, and the notion of *socioafetividade* as developed in Brazilian law and other Latin-American countries.

Stepparent-child relationships can not only show that being a parent is more about doing than being, but also that more than two adults can perform parental functions and thus be parent-like figures to the same child. This happens when both stepparent and non-residential parent *take care of the child as a parent would*. My proposal, thus, is influenced by the legal literature, both European and American, on multiparentality and critically questions the current two-parent paradigm of Spanish law. However, what “taking care of a child as a parent would” exactly means is not straightforward nor it is necessarily identical in every situation. A stepparent is likely to not function as a parent in every sense we usually associate this concept with. Since many legal systems consider being a parent to be an exclusive, all-or-nothing status, stepparents usually fail the “parental test”. This is why I also put forward the idea of the disaggregation of parental status and thus the possibility for parents or parent-like figures that only perform certain, different parental functions to be recognized by the law as responsible for such functions.

Beyond these theoretical frames, comparative law has been a useful source of inspiration for my proposal aimed at Spanish family law. Consequently, I have compared some of the regulations that different foreign legal systems provide for step-relationships to the ones already present in Spanish law. This way, three different types of statutory instruments from which families could choose are proposed. These are presented in the following three chapters and are (a) an “assistant caretaker” status, (b) a voluntary assumption of parental responsibilities, and (c) an “additive” type of adoption (third-parent adoption).

The “assistant caregiver” regime is presented in Chapter III. It consists of an automatic regime that makes the stepparent an additional responsible for everyday matters in the child’s life. It is inspired mainly by the German *Kleines Sorgerecht* (§ 1876a *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) and by similar instruments regulated in Catalunya (arts. 236-14 and 15 CCCat), Argentina (arts. 677 and seq. *Código Civil y Comercial de la Nación*,

CCCN) and Cuba (art. 180 and seq. *Código de las Familias*, CFC). This option is designed for those families in which the step-relationship is not functionally equivalent to a child-parent relationship, but a prolonged, stable cohabitation has given it a family character.

The second option, the attribution of parental responsibilities to the stepparent is developed in Chapter IV. It is designed for those families in which stepparents are involved in raising the child in a parental way and wish to have the legal recognition and powers to do so. I have identified two models in current legal systems that allow third persons to exercise full parental responsibilities. The first is the substitution model, in which the stepparent stands in the place of the non-residential parent who does not hold parental responsibilities. In this group, I have included the Spanish region of Aragón (arts. 85 and ff. CDFFA), The Netherlands (1:253t *Burgerlijk Wetboek*) and, again, Argentina (arts. 674 and 675 CCCN). The second is an additive model, in which a stepparent can hold parental responsibilities together with both functional parents. This is the case in England and Wales (sec. 4A Children Act 1989) and in France (arts. 376 and seq. *Code Civil*, CCF). Given the current rise of co-parenting, systems that follow a substitution model have rendered themselves too narrow. Thus, my proposal would allow for the possibility of addition and would make it possible for three or four people to be jointly responsible for the same child.

Chapter V presents the last option, which I call “additive adoption”. It is designed to award parenthood to the stepparent but, unlike the current regulation of adoption, it would not necessarily sever any already existing parenthood link. This kind of adoption would be in some manner similar to the traditional civil law institution of simple adoption. Thus, I analyse such regulations in the legal systems of France (arts. 360 to 370-2 CCF) and Italy (arts. 40 and seq. *Legge* 184/1983); as well as in two Latin American countries which have recently introduced a similar type of adoption: Argentina (arts. 627 and seq. CCCN) and Cuba (art. 107 CFC). Additive adoption would grant parenthood the same way other parenthood rules do. Thus, this status for the stepparent

INTRODUCTION

would be permanent and not contingent on cohabitation, nor limited by the time of age-minority of the child as in the other proposals.

CAPÍTULO I

RELACIONES AFINES EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y SU ENCAJE JURÍDICO

1. Unas realidades difíciles de nombrar

Las familias reconstituidas, *stepfamilies* en inglés, son definidas como aquellas en las que dos adultos que forman una pareja conviven con al menos un hijo o hija no común, es decir del que sólo uno de ellos es progenitor legal¹. El hecho de que uno de estos adultos no sea progenitor legal, ni biológico, del menor o menores, diferencia a este tipo de familias de la nuclear típica de las sociedades occidentales postindustriales en que dos adultos conviven con su descendencia común². Desde el punto de vista de los menores, las familias reconstituidas son aquellas en las que los progenitores de un menor no forman una pareja entre ellos, sino que lo hacen con otras personas con las que este no comparte un vínculo legal de filiación. Precisamente, la complejidad jurídica en estas familias radica en la relación entre estos hijos y las parejas de sus progenitores con las que, de alguna manera comparten gran parte de sus vidas. Entre ellos, puede desarrollarse sin que medie ningún vínculo legal una relación, la relación afín, que llegue a ser tan estrecha como para ser considerada familiar, cuasi-parental o parental.

Dada la heterogeneidad del fenómeno, la definición de familia reconstituida que escojo utilizar en este trabajo es intencionadamente

¹ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «Studying Stepfamilies: Four Eras of Family Scholarship», *Family Process*, vol. 57/1, 2018, pp. 7-24, p. 8. Rocío TREVIÑO MARURI y Jordi GUMÀ LAO, «De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales», *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 98/2, abril 2013, pp. 287-309, p. 288.

² María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14. Facultats del cònjuge o convivent en parella estable del progenitor», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 853-860, p. 854.

amplia, con el objetivo de que comprenda el mayor número de familias posible³. Mi análisis incluye a cualquier pareja de adultos, casados o no, e independientemente de si tienen mismo o diferente género. El requisito esencial es, por tanto, el de que los hijos no comunes sean menores de edad y se encuentren sometidos a potestad parental⁴. En muchas ocasiones, el análisis de las familias reconstituidas deberá incluir a un posible segundo progenitor: quien no ha formado la nueva pareja y reside en otro lugar⁵.

Sus diferencias respecto de la familia nuclear ponen de manifiesto la escasez de terminología adecuada para referirse a la familia reconstituida y sus miembros. Este problema se viene destacando desde los inicios del estudio de este tipo de familias a finales del siglo XX⁶, pero continúa siendo una preocupación a día de hoy⁷. La complejidad terminológica se da en dos niveles: se trata de encontrar un nombre tanto para el conjunto familiar, como para sus miembros. En especial, para las nuevas parejas de los progenitores desde el punto de vista de los hijos e hijas y para estos últimos desde el punto de vista de los primeros.

³ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, *Stepfamily relationships: development, dynamics, and interventions*, New York, Springer Science, 2004, pp. 2-3.

⁴ Ahora bien, las implicaciones o consecuencias del desarrollo de esta relación cercana durante la minoría de edad pueden extenderse también durante la mayoría de edad del hijo o hija de la pareja. En este sentido, en el capítulo IV, analizo tal posibilidad e incluyo una propuesta de adopción del hijo o hija de la pareja mayor de edad.

⁵ Cecilia P. GROSMAÑAN, «Capítulo 7. Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», en Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Nora LLOVERAS, (eds.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 220. Si bien es importante tener en cuenta la posible existencia de un segundo progenitor, y sin duda en estos casos la familia presenta aún más complejidad jurídica, debe enfatizarse que la presencia de hijos no comunes en una familia reconstituida puede venir causada tanto por una relación anterior del progenitor (ruptura o viudedad) como por una maternidad o paternidad en solitario.

⁶ Andrew CHERLIN, «Remarriage as an Incomplete Institution», *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 84/3, 1978, pp. 634-650.

⁷ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «Studying Stepfamilies...», *op. cit.*, p. 9. Beatriz MONCÓ REBOLLO y Ana María RIVAS RIVAS, «La importancia de “nombrar”». El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas», *Gazeta de Antropología*, vol. 23, 2007, pp. 1-14.

En primer lugar, por lo que hace al adjetivo que acompaña a las familias con presencia de hijos no comunes, vale la pena hacer una reflexión sobre la necesidad de añadir un adjetivo junto a «familia» en algunos casos, mientras que no en otros. ¿Cuáles son las familias que no necesitan un adjetivo, sino que simplemente son «familia»? Podría decirse que, en el imaginario colectivo actual, estas siguen siendo las familias con una estructura nuclear formada por un padre y una madre que residen en un mismo hogar con sus hijos o hijas comunes⁸.

A pesar de que la categorización conlleva el peligro de señalar una normatividad y una otredad⁹, los adjetivos y las etiquetas son evidentemente útiles para poder nombrar y distinguir situaciones diferentes entre sí. En este sentido, no encuentro inconveniente en denominar «familia nuclear» o «familia biparental» a aquella en que los dos adultos que forman una pareja son progenitores, es decir, cuando todos los hijos o las hijas son comunes a ambos. Sin embargo, no me ocurre lo mismo con las familias con hijos no comunes. No existe un nombre usual para estas familias y las opciones son múltiples: familias combinadas, familias recompuestas, familias mosaico, familias ensambladas, familias enlazadas, familias reconstituidas, etc.¹⁰.

En este trabajo, opto por el adjetivo «reconstituidas» simplemente por no haber encontrado una alternativa mejor de uso frecuente en el lenguaje jurídico¹¹. Sin embargo, no me resulta satisfactorio. Es un

⁸ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, *Stepfamily relationships...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁹ Jorge GRAU REBOLLO, *Nuevas formas de familia*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2016, p. 61.

¹⁰ Para más ejemplos, *vid.* Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 13, 2020, pp. 194-223, n. 3.

¹¹ Tanto el Código Civil de Catalunya (de ahora en adelante, CCCat), en particular su Libro II (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 05.08.2010; de ahora en adelante, Libro II CCCat), como el Fuero Nuevo de Navarra (Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, BOE núm. 137, de 8.06.2019; de ahora en adelante, FNN) utilizan esta expresión. También la mayoría de la literatura jurídica en el Estado español utiliza este término. A modo de ejemplo, *vid.* María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, «Las situaciones familiares. Las familias

término que precisamente resalta la otredad a la que me refería, en tanto que reconstituir implica rehacer alguna cosa, es decir, rehacer la familia. Aunque pueda parecer inocuo, utilizar este adjetivo implica asumir la lógica de que sin una estructura nuclear (es decir, sin dos adultos convivientes), la familia está rota y únicamente cuando aparece un segundo adulto, esta se reconstituye.

En segundo lugar, me resulta complicado encontrar un nombre para los adultos no progenitores desde el punto de vista de los hijos e hijas y para estos últimos desde el punto de vista de los primeros. Mientras que para este segundo supuesto los conceptos «hijos e hijas de la pareja» o «hijos no comunes» (al referirme al conjunto familiar) no deberían plantear grandes inconvenientes (a pesar de que, en algunas familias, estos puedan ser considerados y nombrados como hijos propios), no ocurre lo mismo con las palabras «padrastro» y «madrastra».

Estos términos han sido tradicionalmente utilizados para describir precisamente a los adultos no progenitores en una familia reconstituida. Sin embargo, a día de hoy, siguen teniendo connotaciones esencialmente negativas. Las tres primeras acepciones que el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (de ahora en adelante, DRAE) proporciona para la palabra «padrastro» son las

reconstituidas», en María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Judith SOLE RESINA, (eds.), *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, València, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211-251; Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 617-686; Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legab», *Revista de Derecho Civil*, IV, 2017, pp. 211-235; Celia CARRILLO LERMA, *Las familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas», en Área de Dret Civil de la Universitat GIRONA, (ed.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 275-282. El Proyecto de la Ley de Familias [Iniciativa 121/000151, BOCG, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2023] sin embargo, se refiere a ellas como «Situaciones familiares con hijas o hijos de uniones anteriores», en su Capítulo VIII del Título III.

siguientes: (1) «marido de la madre de una persona nacida de una unión anterior de aquella», (2) «mal padre» y (3) «obstáculo, impedimento o inconveniente que estorba o hace daño en una materia». Por lo que hace a la palabra «madrstra», sus dos únicas acepciones son las siguientes: (1) «mujer del padre de una persona nacida de una unión anterior de este» y (2) «madre que trata mal a sus hijos»¹².

Ante semejantes acepciones, resulta, en mi opinión, imprescindible utilizar diferentes términos. El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina¹³ o el Código de las Familias Cubano¹⁴, así como gran parte de la literatura latinoamericana, utilizan los conceptos de padre o madre afín¹⁵. A pesar de que técnicamente no se forma ninguna relación de parentesco, me parece acertado el uso del adjetivo afín en tanto que evoca al parentesco por afinidad, es decir, por el matrimonio¹⁶ entre este y el progenitor legal. Sin embargo, no acaban de satisfacerme las palabras padre, madre, o en general, progenitor ya que la pareja del progenitor no siempre ejerce de padre o madre de los hijos de su pareja en las familias reconstituidas¹⁷.

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., (versión 23.6 en línea) [f.c.: 23.01.2023].

¹³ Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014, BORA, núm. 32.985, de 8.10.2014. De ahora en adelante, CCCN.

¹⁴ Ley núm. 156, de 22 de julio de 2022, GORC, núm. 99, de 27.09.2022. De ahora en adelante, CFC.

¹⁵ *Vid.* arts. 672 y ss. CCCN, que componen el Capítulo 7 de su Título VII que lleva por título «Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines»; así como arts. 180 y ss. CFC que forman el Capítulo IV del Título V: «De los deberes y derechos de madres y padres afines respecto a las hijas e hijos afines». Sobre el uso de esta terminología en la doctrina latinoamericana, *vid.*, por ejemplo, Mauricio Luis MIZRAHI, «El progenitor afín en el Código Civil y Comercial», *Revista de Derecho de familia*, vol. 101, 2021, pp. 132-145. También, Eddy A. CÓRDOVA CONTRERAS y Marco CELI ARÉVALO, «Fundamentos jurídicos para obligar supletoriamente a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, formados dentro de una familia ensamblada», *In Crescendo. Institucional*, vol. 7/1, 2016, pp. 102-112.

¹⁶ Entendiéndolo en sentido amplio, como vinculación afectiva voluntaria. Es decir, la afinidad derivaría de una vinculación electiva y no basada en la consanguinidad.

¹⁷ También considera que los términos padre, madre o progenitor afín dan pie a la confusión de roles: Hugues FULCHIRON, «¿Un estatuto para el progenitor afín?», *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Año VIII, 2016, pp. 37-47, p. 45.

Por estas razones, utilizaré el término «adulto afín» o, genéricamente, la expresión «pareja del progenitor»¹⁸. También utilizaré el adjetivo «residente» para referirme a los progenitores o a los adultos afines que conviven con el menor en cada momento¹⁹. Así como, paralelamente, el término «no residente» para referirme a aquel segundo progenitor que no forma parte del núcleo residencial del menor en un momento concreto²⁰. Por otro lado, con el término «pareja» me referiré a una de cualquier tipo, ya sea conyugal o no. Paralelamente, utilizaré el término «ruptura» como concepto genérico para referirme a la extinción de una unión afectiva entre adultos, con independencia de la forma de la unión o el procedimiento escogido para su final. Es decir, cuando no se explicita lo contrario, ruptura podrá hacer referencia tanto a divorcio como a separación.

También utilizaré el término responsabilidad o responsabilidades parentales²¹, como hacen los principios sobre responsabilidades

¹⁸ Como se irá viendo, a lo largo del trabajo, propongo el mismo tratamiento para la relación afín, con independencia de si los adultos están o no casados. Se muestra a favor de esta idea: Cynthia G. BOWMAN, «The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren», *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20/3, 2012, pp. 437-465, p. 438. En cambio, establece una diferenciación fundamental en su tratamiento de las familias reconstituidas en función de su carácter matrimonial o no: Celia CARRILLO LERMA, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹ Como por ejemplo hace, entre otros, Machteld VONK, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Cambridge, Intersentia, 2007, p. 95.

²⁰ Es decir, la consideración de un progenitor como residente o no residente es dinámica ya que se asume la posibilidad de que el menor transite entre los hogares de ambos progenitores o esté al cuidado de cada uno de ellos al menos en momentos diferentes, (con independencia del régimen de guarda judicialmente fijado). Estos términos ayudan a distinguir entre el progenitor y el adulto afín que forman parte del núcleo residencial en el que se encuentra el menor en cada momento y su otro progenitor que se encuentra fuera de ese hogar en particular (e incluso la posible pareja de este).

²¹ Escojo este término y no el de «patria potestad» para alejarme de la raíz patriarcal del término y para poner el énfasis en la asunción de responsabilidades hacia el menor: «La progresión de autoridad o potestad hacia responsabilidades refleja un cambio de paradigma en el cual el menor y su bienestar pasan a ser centrales»: Josep FERRER RIBA, «La responsabilidad parental en Europa», en Nicolás ESPEJO YAKSIC, (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 113-153, p. 147. Por otro lado, la forma plural permite un enfoque más flexible, especialmente en lo que hace a su atribución a

parentales de la Comisión Europea de Derecho de Familia²² o el FNN, para referirme genéricamente a los deberes jurídicos de cuidado o relativos a la crianza de un menor. Es decir, para referirme al concepto propio de instituciones como la patria potestad del art. 154 del Código Civil²³, de la potestad parental del CCCat o de la autoridad familiar del Código de Derecho Foral de Aragón²⁴. Además, en general, utilizaré «parental» para referirme a todo aquello «relativo a los padres o los parientes»²⁵. Sin embargo, utilizaré el término «progenitores» para referirme a aquellas personas respecto de las cuales un menor tiene determinada su filiación, con independencia de su género y de que exista

terceras personas: Jens M. SCHERPE, «Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View», en Rebeca PROBERT, Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart, 2009, pp. 43-62, p. 45. A este respecto, *vid.* el subapartado 5.2.2. de este capítulo y el capítulo III *infra*.

²² De ahora en adelante, CEFL, por sus siglas en inglés. El CEFL es un grupo internacional de expertos académicos en materia de derecho de familia. Fue creado en 2001 y cuenta con una vasta producción científica a sus espaldas, incluyendo una serie de principios de derecho europeo de familia. Toda la información respecto a la comisión y su trabajo puede consultarse en su página web: <http://ceflonline.net/> (f.c.: 16.02.2023). Los principios de derecho de familia representan bien el núcleo común de las regulaciones europeas o bien, en su defecto, la propuesta de «mejor regulación». Por ejemplo, en este sentido, utilizan el término responsabilidades parentales a pesar de que este no es uniformemente adoptado en las legislaciones europeas: Katharina BOELE-WOELKI, Frédérique FERRAND, Cristina GONZÁLEZ-BEILFUSS, et al., *Principles of European family law regarding parental responsibilities*, Cambridge-Antwerpen-Portland, Intersentia, 2007, 331 pp., pp. 15, 26. Aun así, va observándose una progresiva adopción en el ámbito jurídico europeo; *vid.*, por ejemplo, el Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo, 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 (de ahora en adelante Reglamento Bruselas II ter), así como sus versiones anteriores, Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; y Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

²³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25.07.1889. De ahora en adelante, CC.

²⁴ 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 29.03.2011. De ahora en adelante, CDFa.

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, *op. cit.* (f.c.: 23.01.2023).

o no un vínculo biológico y/o genético entre ellos²⁶. Por último, utilizaré la conocida distinción entre relaciones de familia «horizontales» y «verticales» para referirme a aquellas que se dan entre adultos y entre un adulto y un menor, respectivamente²⁷.

Establecida la necesaria nomenclatura, en las siguientes páginas, expondré, en primer lugar, qué presencia tienen las familias reconstituidas en la sociedad actual española y qué características presentan. En segundo lugar, me centraré en la relación entre los hijos no comunes y las parejas de sus progenitores para ver qué prácticas familiares se dan, especialmente en familias españolas. En tercer lugar, analizaré cuál es la regulación que el derecho español actual prevé para este tipo de relaciones. Y finalmente, expondré la necesidad de ir más allá de lo que la normativa actual ofrece e introduciré las líneas generales de las propuestas que siguen en los capítulos posteriores.

2. La reconstitución familiar y su relevancia en la sociedad española

2.1. Las familias reconstituidas en el contexto sociodemográfico español

No puede hablarse de relaciones familiares ni aspirar a poder regularlas de manera adecuada sin tener en cuenta que, en la actualidad, Europa y otras sociedades de occidente siguen inmersas en la segunda transición demográfica²⁸. El Estado español no es una excepción y presenta bastantes de sus características. Por ejemplo, la tasa de fecundidad se encuentra por debajo de la tasa de reposición y ha estado en continuo

²⁶ Es decir, en el sentido de la tercera acepción del DRAE de la definición de la palabra «progenitor, ra»: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española, op. cit.* (f.c.: 23.01.2023).

²⁷ Encarnación ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de derecho civil*, vol. 43/4, 1990, pp. 1055-1092, pp. 1077-1078.

²⁸ Ron LESTHAEGHE y Dirk J. VAN DE KAA, «Twee demografische transitities», *Bevolking: groei en krimp*, 1986, pp. 9-24. Ron LESTHAEGHE, «The second demographic transition, 1986–2020: sub-replacement fertility and rising cohabitation—a global update», *Genus*, vol. 76/10, 2020.

descenso desde 1977²⁹, lo que ha provocado que no contemos con una población estacionaria, sino con una sociedad en proceso de envejecimiento³⁰.

La sociedad española también ha ido desligando la procreación del matrimonio y legitimando social y jurídicamente las formas de vida alternativas al matrimonio, ya sea en pareja o en solitario. Así, vemos que el número de personas que vivían solas representaba en 2020 un 26% del total de hogares según la Encuesta Continua de Hogares (ECH) de ese año³¹ y, previsiblemente, estas supondrán casi un 30% en 2037³². De acuerdo con la misma encuesta, alrededor del 10% de los hogares está compuesto por familias monoparentales, hasta el punto de llegar a suponer el 24% de todos los hogares con hijos³³. De estos, más del 81% están formados por una madre y sus hijos o hijas³⁴. Sin embargo, la vida

²⁹ En 2021, en el Estado español, nacieron 7,12 personas cada 1000 habitantes, una tasa bruta de natalidad en casi permanente descenso desde 2008 (el dato presenta un ligero repunte en la primera década del 2000). Fuente: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1381#!tabs-tabla> (f.c.: 21.03.2023).

³⁰ La esperanza de vida de la población presenta un crecimiento sostenido en las últimas décadas (con la excepción del dato del año 2020) y se situaba en 83,07 años en el año 2021. Es un dato que pueden consultarse en la página web del INE de indicadores demográficos básicos: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002 (f.c.: 21.03.2023).

³¹ INE, «Número de hogares según nacionalidad de sus miembros y tamaño de hogar», ECH, 2020, disponible aquí: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t20/p274/serie/prov/p01&file=pcaxis&I=0&dh=0&capsel=0> (f.c.:21.03.2023).

³² De acuerdo con la proyección de hogares del INE, consultable aquí: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176954&menu=ultiDatos&idp=1254735572981 (f.c.: 21.03.2023).

³³ INE, «Número de hogares según nacionalidad de sus miembros y tipo de hogar», ECH, 2020, disponible aquí: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t20/p274/serie/prov/p01&file=pcaxis&I=0&dh=0&capsel=0> (f.c.:21.03.2023).

³⁴ INE «Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor», ECH, 2020, disponible aquí: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t20/p274/serie/prov/p01&file=pcaxis&I=0&dh=0&capsel=0> (f.c.:21.03.2023). Teniendo en cuenta estos datos, se ha acuñado el término «monomarentalidad». Este se refiere a las familias formadas únicamente por una madre y su descendencia. Se ha utilizado como concepto jurídico en documentos como la «Resolución de 29 de abril de 2008, del Instituto de la Mujer, por la que se convoca la edición de las subvenciones al empleo

en pareja sigue siendo la opción predominante en la sociedad española, ya sea en uniones matrimoniales o no, si bien en configuraciones más complejas e inestables que tradicionalmente. A mediados de los años setenta del siglo XX, el Estado español experimentó una expansión del matrimonio que fue, sin embargo, rápidamente seguida de una caída de la tasa bruta de nupcialidad que, con algún repunte menor, ha ido en descenso hasta el día de hoy³⁵.

Si se observan los datos de la ECH de 2020, un 83,8% del total de parejas que convivían estaban unidas por un vínculo matrimonial. Si bien sigue siendo una cifra muy alta, esta ha disminuido más de dos puntos porcentuales desde 2013. Paralelamente, el porcentaje de parejas no casadas ha pasado de un 13,68% en ese último año a un 16,16% en 2020. Como es cada vez más frecuente también en otros lugares del mundo, resulta claro que la cohabitación va desplazando al matrimonio entre los más jóvenes en el Estado español, aunque resulta difícil contar con cifras sobre un fenómeno que es eminentemente fáctico³⁶. A pesar de esta desinstitucionalización de la pareja, en las últimas décadas, se han dado dos circunstancias que han reavivado el recurso al matrimonio en España. Por un lado, la legalización del matrimonio entre parejas del mismo género³⁷. Por otro, el aumento de los matrimonios entre españoles y extranjeros³⁸.

“Emprender en Femenino” del año 2008, para fomentar la inserción laboral por cuenta propia de las mujeres» (BOE núm. 121, de 19.05.2008).

³⁵ Tasa que se refiere al número de matrimonios por cada mil habitantes en el año de referencia. Por ejemplo, esta ha pasado de un 7,18 en 1976 a un 3,12 en 2021. Este es un dato disponible en la página web del INE: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=1157&capsel=1157> (f.c.: 21.03.2023).

³⁶ Teresa CASTRO MARTÍN, «Nuevas familias para un nuevo siglo», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 302-314, p. 305.

³⁷ Reforma legal introducida por la 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 02.07.2005.

³⁸ Albert ESTEVE PALÓS, «Matrimonio e inmigración internacional en España», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 108-116, p. 110.

Ahora bien, en todo caso, no únicamente las parejas se casan ahora menos que unas décadas atrás, sino que las casadas también se divorcian con más frecuencia. A pesar de la legalización tardía en relación con la mayoría de países europeos del divorcio en el Estado español³⁹, la reforma introducida 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 divorcio⁴⁰, que estableció un sistema de divorcio libre, basado únicamente en la voluntad de los cónyuges, provocó un incremento notable de separaciones y divorcios en el Estado español. En este sentido, la tasa bruta de divorcios ha oscilado alrededor del 2 los últimos diez años⁴¹, lo que sitúa a España ligeramente por encima de la media europea en este sentido⁴².

Ante tales tasas de disolución de matrimonios, resulta imprescindible preguntarse qué sucede con las biografías personales después de las rupturas de pareja. Una opción posible es que las personas formen una nueva pareja: en 2012, los matrimonios en los que un cónyuge estaba divorciado representaban el 15% del total⁴³, mientras que en 2021 ya

³⁹ Montserrat SOLSONA PAIRÓ y Carles SIMÓ NOGUERA, «Evolución histórica del divorcio en España desde la aprobación de la ley de 1981 hasta la reforma de 2004», en Anna CABRÉ PLA, (ed.), *La constitución familiar en España*, Bilbao, Fundación BBVA, 2007, pp. 245-296, p. 245. Después de cuatro décadas de dictadura franquista que dejó sin efectos el divorcio legalizado durante la segunda república (art. 43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, desarrollado por la Ley de 2 de marzo de 1932), no es hasta 1981 que se vuelve a permitir la disolución jurídica del vínculo matrimonial en el Estado español (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 20.07.1981.)

⁴⁰ BOE núm. 163, de 9.07.2005 (de ahora en adelante, Ley 15/2005).

⁴¹ Es decir, que cada año se producen 2 divorcios por cada mil habitantes <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24719#!tabs-tabla> (f.c.:21.03.2022)

⁴² EUROSTAT, *Marriage and divorce statistics*, 2022, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_fewer_divorces en tabla núm. 2 (f.c.:21.03.2022). Esto es cierto respecto de todos los años a partir de 2005 de los que EUROSTAT dispone de datos, con la excepción del 2020 que, muy posiblemente debido al confinamiento ordenado con causa de la pandemia, el número de divorcios disminuyó significativamente en España.

⁴³ Albert ESTEVE PALÓS, *op. cit.*, pp. 109-110.

representaban el 19,3%⁴⁴. Sin embargo, esta cifra sólo capta una parte minoritaria de la incidencia de las de segundas uniones, ya que las personas que han experimentado una ruptura conyugal tienden a optar por la cohabitación frente al matrimonio⁴⁵.

Así, si bien las rupturas de pareja se vuelven cada vez más frecuentes gracias, entre otras cosas, a regulaciones del divorcio más permisivas, la opción por la vida en pareja no desaparece⁴⁶ y de las uniones sucesivas emerge una nueva trayectoria vital como es la monogamia en serie⁴⁷. La pareja ya no es para siempre, pero los adultos seguimos viviendo en pareja y cuando a lo largo de dicha trayectoria, se tienen hijos, surgen las familias reconstituidas⁴⁸.

En estos casos, la ruptura de una pareja tiene importantes efectos para con los hijos e hijas menores. La regla general en nuestro ordenamiento es la del mantenimiento de las responsabilidades parentales de ambos progenitores cuando estos no conviven, ya sea por una ruptura de pareja o por no haber existido convivencia entre ellos en ningún momento

⁴⁴ INE, «Resultados detallados año 2021», *Estadística de matrimonios*, 2022, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=resultados&idp=1254735573002 (f.c.: 21.03.2023).

⁴⁵ Teresa CASTRO MARTÍN, *op. cit.*, p. 302.

⁴⁶ Según Ulrich BECK y Elisabeth BECK-GERNSHEIM, el «afán por el amor representa el fundamentalismo de la modernidad»: *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001, 292 pp., p. 30.

⁴⁷ Gillian DOUGLAS y Nigel LOWE, *The Continuing Evolution of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2009, 305 pp., p. 130.

⁴⁸ Aunque históricamente era la viudedad la principal circunstancia que daba lugar a que un padre o una madre buscara una nueva pareja (normalmente, con el objetivo de sustituir o reemplazar también la función de progenitor del cónyuge fallecido), esto cambia a nivel global partir de los años 70 del siglo XX: Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «Studying Stepfamilies...», *op. cit.*, p. 8. También relaciona la flexibilización del divorcio con reconocimiento de las familias reconstituidas en Catalunya: Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», en Ramon QUINTANO RUIZ, (ed.), *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, Societat Catalana d'Advocats de Família, 2016, pp. 115-130, p. 116. Tampoco debe dejarse de lado que la monoparentalidad, especialmente la monomarentalidad, es una situación que puede dar lugar a una familia reconstituida posterior: Rocío TREVIÑO MARURI y Jordi GUMÀ LAO, *op. cit.*, p. 295.

desde el nacimiento⁴⁹. Por esta razón, suele ser una consecuencia ineludible del procedimiento de ruptura la determinación de un régimen de guarda⁵⁰. En este sentido, vale la pena remarcar que, a pesar de que Ley 15/2005 introdujera la posibilidad de decretar una guarda compartida entre ambos progenitores mediante el art. 92 CC⁵¹, la guarda individual de madre sigue teniendo primacía *de facto* sobre el resto de posibilidades en el conjunto del Estado español. En 2021, sobre el total de separaciones y divorcios de cónyuges de diferente sexo en los que procedía pronunciarse sobre guarda de menores, en el 53,1% de los

⁴⁹ *Vid.* art. 90.1.a) CC, en relación con el art. 156 CC; art. 233-8 CCCat, en relación con el art. 236-17.1 del mismo código; art. 71 CDFa; y Ley 68 FNN. Asimismo, se señala que esta es una tendencia europea en: Josep FERRER RIBA, «Parental responsibility in a European perspective», en Jens M. SCHERPE, (ed.), *European Family Law volume III: Family Law in a European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 284-310, p. 308.

⁵⁰ Para una crítica del enfoque adulto-céntrico de las regulaciones española y catalana en la materia, *vid.* Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 617-686, pp. 639 y ss.

⁵¹ Ha de señalarse que la del CC es una regulación escueta (por ejemplo, en comparación con la regulación de la misma cuestión que realizan los arts. 233-10 y ss. CCCat) y en la que apenas se establecen los criterios a tener en cuenta para su adopción. El apartado 5 del artículo 92 CC establece como regla general que deben ser ambos padres quienes, conjuntamente, soliciten la adopción de este régimen de guarda, ya sea desde el inicio o a lo largo del procedimiento. Sin embargo, el apartado 8 del mismo artículo permite que, de manera excepcional, pueda decretarse esta modalidad de guarda a instancia de sólo una de las partes si de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El TS ha ido flexibilizando este precepto y, en reiteradas ocasiones, ha considerado que la guarda compartida no supone una medida excepcional, sino la más normal e incluso la más deseable, siempre que redunde en beneficio de los menores, ya que permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores [SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 623/2009, de 8 de octubre, MP: Excma. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias (ECLI:ES:TS:2009:5969); núm. 257/2013, de 29 de abril, MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI:ES:TS:2013:2246); núm. 665/2017, de 13 de diciembre, MP: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas (ECLI:ES:TS:2017:4372); núm. 593/2018, de 30 de octubre, MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI:ES:TS:2018:3684)]. Recientemente, el TS ha ido más allá y ha considerado que el interés superior del menor puede justificar la implementación de esta modalidad de guarda aun cuando no se hubiera solicitado por ninguna de las partes del procedimiento: STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 437/2022, de 31 de mayo, MP: Excma. Sra. Dª. Mª Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2022:2307).

casos la guarda individual de madre fue la modalidad acordada. La compartida, en cambio, se otorgó en el 43,1% de los casos⁵². La tendencia es al alza para esta modalidad de guarda, a pesar de que las madres siguen obteniendo la guarda individual de sus hijos con más frecuencia que los padres. Además, aunque la guarda compartida aún no constituya la norma tras una ruptura de pareja, la mayor implicación de los padres en la crianza es patente también en otras configuraciones. Incluso en aquellos casos en que se considera más adecuado adoptar una guarda individual de madre, es cada vez más frecuente que los regímenes de relaciones a favor del padre se establezcan de manera más adaptada al caso concreto, lo que ha provocado que sean más amplios y los hijos compartan más cotidianidad con ellos⁵³. De esta manera, los menores también tienen una mayor oportunidad de relacionarse con las nuevas parejas de sus progenitores en una o dos posibles familias reconstituidas.

Aunque resulta complicado obtener un número fiable de las familias reconstituidas que existen en un territorio⁵⁴, en España, de un total de

⁵² INE, «Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD)», *Nota de prensa*, 15.07.2022, https://www.ine.es/prensa/ensd_2021.pdf (f.c.: 21.03.2023).

⁵³ COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», Madrid, 2020, p. 136.

⁵⁴ En ocasiones, los datos oficiales pueden infrarrepresentar el número de familias reconstituidas. El principal problema que comportan es que cada persona solamente puede constar en un hogar. De este modo no se puede tener constancia real de aquellos casos en que los hijos conviven en los hogares de ambos progenitores legales y estos han formado una nueva pareja, existiendo, por tanto, dos adultos afines. Por la misma razón de que este tipo de estadísticas suelen centrarse en los hogares, pasan desapercibidas las familias reconstituidas en las que la pareja de adultos decide mantener sus respectivos hogares y no tener uno propiamente común, formando un tipo de unión que en el mundo anglosajón se conoce como «*living apart together*» o LAT [Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003, 276 pp., p. 14. Cynthia G. BOWMAN, «Living Apart Together, Women, and Family Law», *Cardozo Journal of Equal Rights and Social Justice*, vol. 24/1, 2017, pp. 47-80. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, «La pareja de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 539-556, p. 544. Luis AYUSO SÁNCHEZ, «Parejas que no viven juntas en España (LAT): panorámica y discursos», en Félix REQUENA SANTOS, Luis AYUSO SÁNCHEZ, (eds.), *La gestión de la intimidad en la sociedad digital. Parejas y rupturas en*

4.490.691 parejas de diferente género con al menos un hijo menor de 18 años incluidas en el último censo de población que proporciona datos sobre esta cuestión, el de 2011, un 7,4% de ellas formaba una familia reconstituida⁵⁵. El incremento es importante en relación con el anterior censo, de 2001, en el que este tipo de familias representaba sólo el 4,5%. Ahora bien, AJENJO-COSP y GARCÍA-SALADRIGAS consideran que la mitad de dicho aumento corresponde al incremento de la inmigración en el mismo periodo y al comportamiento diferencial de la población extranjera. La otra mitad, por tanto, sí que estaría causada por el cambio cultural (y jurídico) y por la mayor aceptación de formas familiares diferentes a la nuclear⁵⁶. Para intentar obtener una imagen más actual que la del censo de 2011, sólo podemos acudir a la ECH de 2020, que se elabora a partir de una muestra diferente a la del censo⁵⁷. En esta, se incluyó a un total de 6.854.300 parejas tanto del mismo como de diferente género con hijos. De estas, 391.800 convivía con, al menos, un hijo no común a ambos adultos. Es decir, el 5,2% constituía una familia reconstituida⁵⁸. En 2020, las cinco comunidades o ciudades

la España actual, Bilbao, Fundación BBVA, 2022, pp. 301-340.]. Estas configuraciones residenciales son especialmente frecuentes en los casos en que es una mujer quien aporta los hijos: Ana María RIVAS RIVAS, «Estrategias residenciales y procesos de recomposición familiar», *Papers. Revista de Sociología*, 98.1 (2013), 103-26. Por otro lado, los datos acostumbra a tener en cuenta únicamente parejas de diferente género, por lo que obvian las familias reconstituidas no heteronormativas. Para una aproximación a esta cuestión, *vid.* Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, «“Mujer de mi madre”. Identidad y funciones de los coprogenitores y coprogenitoras en las familias reconstituidas no heteronormativas», *Papers: revista de sociología*, vol. 103/1, Barral, 2018, pp. 129-148.

⁵⁵ INE, «Censos de Población y Viviendas 2011. Datos detallados», *Nota de prensa*, 12.12.2013. De acuerdo con los datos de la *Labour Force Survey* de 2011, el Estado español se situaba en la parte intermedia baja del conjunto de Europa en lo que hace a la prevalencia de las familias reconstituidas. Portugal y Grecia se encontrarían a la cola. Por el contrario, Bélgica, Reino Unido y Francia serían los países con mayor presencia de esta forma familiar: Marc AJENJO-COSP y NÚRIA GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 155, 2016, pp. 3-20.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁷ INE, «Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos», *ECH*, 2020, https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01_020.px&L=0 (f.c.: 22.03.2023).

⁵⁸ Llama la atención que el porcentaje de familias reconstituidas sea inferior si comparamos la ECH de 2020 (así como también la anterior, de 2019) con el censo de población y vivienda de 2011. En primer lugar, aparte de no estar comparando la

autónomas con mayor presencia de parejas con hijos no comunes según esta encuesta fueron: Canarias, con un 9%; Melilla, con un 8,53%; Catalunya, con un 8,52%; La Rioja, con un 8,53%; y Ceuta, con un 8,15%⁵⁹.

De acuerdo con los datos del censo de 2011, AJENJO-COSP y GARCÍA-SALADRIGAS identifican 6 tipos de familias reconstituidas, que paso a ordenar en función de su prevalencia⁶⁰. En primer lugar, la familia simple de madre (35,7%), que no cuenta con hijos comunes y es la madre quien aporta los no comunes. En segundo lugar, la familia reproductora de madre (35,1%), con hijos comunes y siendo la madre quien aporta los no comunes. En tercer lugar, se encuentra la familia reproductora de padre (13,2%) en la que hay hijos comunes, pero los

misma muestra, debemos tener en cuenta que la población que estamos observando es ligeramente diferente, en la ECH tenemos en cuenta parejas del mismo y de diferente género y se incluyen también aquellas que sólo tienen hijos mayores de edad. Por otro lado, puede que en la ECH haya una subestimación de la población extranjera lo que conllevaría a la subestimación de las familias reconstituidas. Esta es un hipótesis que agradezco a Marc AJENJO-COSP (comunicación por correo electrónico, el 25 de julio de 2019) y que él mismo, junto con Núria GARCÍA-SALADRIGAS plantea en relación con la Encuesta sobre el Uso del Tiempo del INE en «La distribución del tiempo productivo y reproductivo en las parejas reconstituidas. ¿Son más equitativas que las biparentales?», *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 36/1, 2018, pp. 167-186, n. 173.

⁵⁹ INE, «Número de parejas por comunidades y ciudades autónomas según tipo de unión y convivencia con hijos», *ECH*, 2020, <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p02/l0/&file=02018.px&L=0> (f.c.: 22.03.2023).

⁶⁰ Las tipologías pueden ser infinitas, en tanto que existen incontables variables que se pueden tener en cuenta (se pueden consultar algunas de las propuestas de categorización que se han realizado a nivel internacional en Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, *Stepfamily relationships...*, *op. cit.*, p. 6 y ss.). Apuesto por ésta por haber sido elaborada a partir de datos nacionales y por su simplicidad, que a la vez permite tener en cuenta ciertas variables que resultan interesantes en este trabajo. Ahora bien, una variable que no se ve reflejada, pero sí se ha demostrado muy relevante para el desarrollo de una relación familiar o cuasi-familiar entre adulto afín y los hijos de su pareja es el hecho de si estamos ante adultos afines residentes o no residentes. Es decir, si los menores conviven o no con las parejas de sus progenitores legales o si, por el contrario, sólo comparten unos pocos días al mes, al año, etc. Este factor va a depender muy estrechamente del régimen de guarda y custodia que se decida tras la separación de los progenitores legales. En este sentido, *vid.* Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Parenting in Stepfamilies», en *Stepfamily Relationships*, Boston, Springer, 2017, pp. 125-142, p. 144-145.

no comunes los aporta el padre. En cuarto, la familia simple de padre (12,6%) en la que no encontramos hijos comunes y los no comunes los vuelve a aportar el hombre de la pareja. En quinta y sexta posición, se encuentran las familias complejas (2,6%), en las que ambos miembros de la pareja aportan hijos y las familias reproductoras complejas (0,8%), en las que, además, existen hijos comunes.

De esta descomposición por tipología se desprende que en un 70% de los casos es la madre quien aporta los hijos no comunes a la familia; dato que es consistente con el hecho de que aún se otorgue mayoritariamente, y especialmente en el momento del censo de 2011, la guarda individual a las madres o con que la individual de padre sea aún minoritaria⁶¹. Por otra parte, los datos de 2011 también ponen de manifiesto que aproximadamente la mitad de las familias reconstituidas (el 49,1%) tenían también algún hijo en común. También es significativamente más frecuente que los cónyuges o convivientes tengan distinta nacionalidad que en las familias nucleares. Es especialmente importante la incidencia de la reconstitución familiar en las mujeres latinoamericanas: un 27% de las que vivían en pareja con un hijo menor formaban un núcleo de este tipo⁶². Pero si una cosa caracteriza a las familias reconstituidas frente a las nucleares es su fuerte preferencia de la cohabitación frente al matrimonio⁶³. De hecho, esta preferencia es corroborada si miramos datos más actuales. Un análisis sencillo de la ECH 2020 reitera la preferencia de este tipo de familias por la convivencia frente al matrimonio. Si en casi un 90% de las familias nucleares los adultos estaban casados; sólo un 48% de las familias reconstituidas optaban por el matrimonio.

⁶¹ En este sentido, *vid.* pp. 12 y ss. *supra*.

⁶² Marc AJENJO-COSP y Núria GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneo», *op. cit.*, p. 10.

⁶³ *Ibid.*, p. 11.

2.2. Las familias reconstituidas como «postfamilias»⁶⁴

Los fenómenos demográficos descritos han ido de la mano de una «postmodernización de la familia»⁶⁵, caracterizada por un proceso de individualización que comporta una mayor autonomía en la configuración de las relaciones personales, y las familias reconstituidas son un ejemplo de ello. En la postfamilia, las posiciones estructurales van cediendo a favor de las preferencias individuales, lo que crea infinitos tipos de relaciones y complejiza sobremanera los parámetros en torno a la familia⁶⁶. De esta manera, deja de estar claro quién o qué constituye «familia»: los límites se difuminan, las definiciones se vuelven imprecisas y crece la inseguridad⁶⁷.

Una mayor autonomía provoca una mayor probabilidad de reestructuración de la vida familiar a lo largo de los años y que los compromisos particulares sean revisables entre los miembros. En este contexto, surge lo que se ha denominado la «familia negociadora»⁶⁸, en contraposición a la tradicional familia patriarcal en la que las responsabilidades, las obligaciones y las normas de convivencia eran rígidas y venían dadas por un cierto estatus. Esta flexibilización del control colectivo sobre las relaciones familiares, es decir, su progresiva privatización, allana el camino para las formas familiares diferentes a la nuclear y para aquellas no heteronormativas⁶⁹. La necesidad de

⁶⁴ Término utilizado por Elisabeth BECK-GERNSHEIM, que se refiere a todas esas formas familiares que son producto del impulso del individualismo en la posmodernidad: Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, p. 24 y ss.

⁶⁵ Luis AYUSO SÁNCHEZ, «Los cambios en la cultura familiar», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 293-301, p. 294.

⁶⁶ Zygmunt BAUMAN, *La Sociedad individualizada*, Madrid, Cátedra, 2001. Ulrich BECK y Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*

⁶⁷ Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ «La familia, el matrimonio, la paternidad, la sexualidad, el erotismo y el amor ya no pueden ser presupuestos ni establecidos de forma obligatoria, sino que deben ser descifrados, negociados, acordados y fundamentados en todos sus detalles»: Ulrich BECK y Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁶⁹ Por «heteronormatividad» se entiende aquella estructura ideológica que configura la heterosexualidad como coherente, natural y privilegiada. Es decir, como un ideal superior a la homosexualidad o la bisexualidad. El término surge a raíz del trabajo de

negociación es especialmente patente en aquellas, como las reconstituidas, que no cuentan con unos modelos preestablecidos claros⁷⁰.

En la misma línea, la familia pasa de ser considerada unidad básica de producción a unidad principalmente emocional cuya finalidad es la búsqueda de la felicidad, por mucho que no pierda su carácter instrumental en el mercado, y formarla constituye una decisión opcional en la que se priorizan cada vez más los aspectos emocionales del corto plazo del sentimiento amoroso sobre aspectos más racionales del medio y largo plazo⁷¹. Por otro lado, las corrientes feministas y sus críticas a la familia como institución reproductora de la ideología patriarcal también han tenido un impacto considerable en la configuración de las relaciones familiares⁷².

Con todo, a pesar de que las relaciones familiares son cada vez más líquidas y algunas uniones más frágiles, no puede obviarse la capacidad de adaptación de la familia como institución, que sigue siendo una de las más valoradas; asociada a felicidad y calidad de vida. Esta perennidad es fruto de su adaptabilidad, de la cual resultan lo que ya hace décadas que vienen denominándose «nuevas formas familiares». Estas presentan el reto de mantener y reforzar la individualidad y autonomía de sus miembros y, a la vez, articular e intensificar el vínculo social y la responsabilidad colectiva y comunitaria⁷³. Las familias reconstituidas,

Michael WARNER, «Introduction: Fear of a Queer Planet», *Social Text*, vol. 29, 1991, pp. 3-17.

⁷⁰ Irène THÉRY, «Le constellationi familiari ricomposte: una questione sociale e culturale», en Silvia MAZZONI, (ed.), *Nuove Costellazioni Familiari. Le famiglie ricomposti*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 13-32, p. 22. Alison DIDUCK y Katherine O'DONOVAN, «Feminism and Families: Plus Ça Change?», en Alison DIDUCK, Katherine O'DONOVAN, (eds.), *Feminist Perspectives on Family Law*, Oxford, New York, Routledge-Cavendish, 2006, pp. 1-20, p. 6.

⁷¹ Luis AYUSO SÁNCHEZ, «Los cambios en la cultura familiar», *op. cit.*, pp. 294-293.

⁷² Alison DIDUCK y Katherine O'DONOVAN, *op. cit.*, p. 16.

⁷³ Montse SOLSONA, Cristina BRULLET y Jeroen SPIJKER, «Coparentalitat i custòdia compartida a Catalunya», *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 60/2, 2014, pp. 387-415, p. 390.

que son frecuentemente incluidas en este término paraguas⁷⁴, además, presentan la complejidad añadida de contar con menores de edad.

En las familias reconstituidas se hace especialmente evidente la disociación entre relaciones de pareja y relaciones filiales, así como entre hogar y familia⁷⁵. Así, por un lado, deviene necesaria una reflexión sobre cómo las familias reconstituidas obligan a replantearse la aproximación que hasta ahora hacíamos hacia la familia⁷⁶. Si hasta este momento, hogar y familia solían coincidir –y aunque la aproximación del hogar puede seguir siendo útil– surge ahora el concepto de familia desde la perspectiva del hijo común, que comprende más de un solo hogar. Precisamente en este último sentido, propone Irene THÉRY el concepto de «constelaciones familiares»⁷⁷. La constelación es el conjunto de hogares interrelacionados por los que los hijos circulan. La familia ya no es algo que pueda ser definido de manera objetiva y general, sino que cada miembro tiene su propia constelación o red⁷⁸. La idea que subyace es la de cambiar la concepción de la familia como estructura para que pase a ser una red, desde una lógica cumulativa. Así, de suma importancia es la dimensión temporal ya que resulta imprescindible conocer los procesos implicados en la constitución de

⁷⁴ Las familias en que personas adultas no progenitoras asumen la crianza o parte del cuidado de los y las hijas menores de sus parejas han existido siempre; especialmente antes de la adquisición de la posición de hegemonía de la familia nuclear, pero también con posterioridad a, y a pesar de, la institucionalización de esta forma familiar concreta. Sin embargo, los cambios demográficos y culturales expuestos hacen que, a día de hoy, las relaciones *pseudo familiares* entre adultos no progenitores y personas menores sean cada vez más frecuentes y relevantes para la agenda jurídica. Paradójicamente, algunos autores ponen de manifiesto la escasez de estudios sobre la materia: María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 3, 2012, pp. 601-620, p. 604.

⁷⁵ Ana María RIVAS RIVAS, «Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26/1, 2008, pp. 151-178, p. 181.

⁷⁶ Andrew J. CHERLIN y Frank F. FURSTENBERG JR., «Stepfamilies in the United States: a Reconsideration», *Annual Review of Sociology*, vol. 20, 1994, pp. 359-381.

⁷⁷ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸ Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, p. 71.

las estructuras familiares⁷⁹. En este sentido, se plantea la cuestión seguramente más relevante para el derecho de familia: la del encaje jurídico de la relación que el menor mantiene con el adulto afín.

3. La relación entre la pareja del progenitor y el hijo menor: ¿una relación familiar?

Como todas las relaciones íntimas y familiares, la del adulto afín y el hijo o hija menor de su pareja presenta una gran heterogeneidad en lo que respecta a nivel de compromiso, cuidados o afectos. Desde hace varias décadas, en los ámbitos de la sociología, la antropología y la psicología, se han llevado a cabo estudios con el objetivo de esclarecer qué dinámicas familiares se dan entre los miembros de las familias reconstituidas y, especialmente, entre los hijos menores y los adultos implicados en su crianza. A pesar de la complejidad del estudio de estas familias, es realmente importante tener en cuenta las principales conclusiones que las ciencias sociales han podido extraer del estudio de esta tipología familiar.

3.1. La incorporación del adulto afín a la familia

Desde la psicología, los expertos son claros en que ser adulto afín es complicado e implica asumir un rol usualmente poco valorado⁸⁰. En las sociedades occidentales donde impera el modelo de familia nuclear, no hemos sido socializados para convertirnos ni en adulto ni en menor afín. De esta manera, cuando se da la situación, acostumbra a generarse una alta ambigüedad en cuanto a los roles que debe asumir cada uno y las fronteras familiares se vuelven difusas e inciertas⁸¹. Además, las relaciones afines se construyen dentro de un contexto con múltiples

⁷⁹ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas», *Papers: revista de sociologia*, 2008, pp. 213-240, p. 214.

⁸⁰ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, *Stepfamily relationships...*, *op. cit.*, p. 160; «The Dynamics of Stepparenting», en Lawrence GANONG, Marilyn COLEMAN, (eds.), *Stepfamily Relationships*, Boston, Springer, 2017, pp. 143-173, pp. 144, 160.

⁸¹ Graham ALLAN, Graham CROW y Sheila HAWKER, *Stepfamilies*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, p. 67.

actores, múltiples relaciones entre ellos y múltiples expectativas. Los sujetos involucrados en la familia, especialmente los progenitores residentes tienen el poder de crear o influir significativamente en las condiciones sociales de la familia y, por ende, en el desarrollo de la relación afín⁸².

Se ha observado que el mayor grado de conflictividad en las familias reconstituidas suele darse en los primeros años, especialmente a causa de que sus miembros asuman expectativas poco realistas⁸³. En este período inicial, se suele recomendar que el adulto afín no asuma funciones de autoridad, sino que estas se reserven a los progenitores⁸⁴. Por lo que esta primera etapa debería centrarse en el desarrollo de una estrategia activa de «búsqueda de afinidad» con los menores, centrándose en conocerlos y convertirse en un apoyo para ellos y dejando roles eminentemente autoritarios de lado⁸⁵. Sólo si se ha conseguido esta afinidad, resulta aconsejable que el adulto afín asuma funciones «parentales» de autoridad. En este sentido, pueden identificarse una serie de factores, externos e internos, que influyen en la relación que hijos y parejas de sus progenitores puedan desarrollar⁸⁶. Entre los externos encontramos algunos como el grado de conflictividad del proceso de separación o divorcio y la relación posterior entre progenitores. Si existe una buena relación, los vínculos materno-filial o paterno-filial tienden a ser reforzados y esto repercute en la aceptación de los adultos afines⁸⁷. Por otro lado, está la actitud de los progenitores, tanto residentes como no residentes, al respecto⁸⁸.

⁸² Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Stepparenting», *op. cit.*, pp. 149-51.

⁸³ James BRAY y John KELLY, *Stepfamilies: love, marriage, and parenting in the first decade*, New York, Broadway Books, 1998, pp. 11, 105, 116.

⁸⁴ Charlotte PYLYSER, Ann BUYSE y Tom LOEYS, «Stepfamilies Doing Family: A Meta-Ethnography», *Family Process*, vol. 57/2, junio 2018, pp. 496-509, p. 505.

⁸⁵ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Stepparenting», *op. cit.* pp. 147-48.

⁸⁶ Jeremy ROBERTSON, «Stepfathers in Families», en Jan PRYOR, (ed.), *The International Handbook of Stepfamilies: Policy and Practice in Legal, Research, and Clinical Environments*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2008, pp. 125-150, p. 130.

⁸⁷ Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*, p. 138.

⁸⁸ Lawrence GANONG y COLEMAN, *Stepfamily relationships...*, *op. cit.* p. 228.

Por lo que hace a factores internos, uno de gran importancia es la convivencia y su continuidad o discontinuidad en el tiempo. Así, una edad temprana de los hijos en el momento de la formación de la nueva pareja propicia que la relación cercana pueda extenderse en el tiempo, lo que es determinante para el desarrollo o no de algún vínculo parental⁸⁹. Por otro lado, no traspasar límites o adentrarse en funciones parentales que no les corresponden es clave para que los adultos afines sean aceptados por los hijos de sus parejas. Es decir, es necesario que respeten y se mantengan en la posición negociada para mantener la convivencia⁹⁰. Resulta relevante, pues, el interés o la dedicación que el adulto afín pueda tener hacia los hijos de su pareja. Su implicación, que puede estar determinada por el hecho de tener hijos propios o no, por ejemplo⁹¹, es a su vez dependiente de la propia actitud y predisposición de los hijos de la pareja. Estos pueden no aceptar la presencia del adulto afín en la familia, pero también son capaces de valorar las aportaciones que este hace a la unidad familiar⁹². Los hijos pueden identificar, por un lado, que los ingresos extra que traen consigo los adultos afines pueden actuar como respaldo económico al conjunto de la familia; y, por otro, el bienestar emocional y felicidad que las nuevas parejas proporcionan a sus progenitores⁹³.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que los procesos de negociación entre todos los miembros de una constelación familiar de este tipo cuentan con una dificultad añadida cuando han vivido una ruptura de pareja previa. En muchos casos, las emociones son especialmente amargas y la negociación se produce en un clima de disputas y acusaciones recíprocas⁹⁴. Como pone de manifiesto THÉRY, para las familias reconstituidas, no hay una tabula rasa desde la que empezar el

⁸⁹ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, L, 2008, pp. 103-120, p. 112. Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁰ Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*, p. 145.

⁹¹ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, *Stepfamily relationships...*, *op. cit.*, p. 228.

⁹² Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Stepparenting», *op. cit.*, p. 153.

⁹³ Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁹⁴ Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, pp. 31, 67.

proyecto familiar⁹⁵. En este sentido, seguramente sería interesante poder contar con estudios sobre familias reconstituidas separadas o parejas de los padres que no llegaron a estabilizarse, para poder comprender también las causas que impiden que se forme o se mantenga en el tiempo una familia con hijos menores no comunes⁹⁶.

En cualquier caso, la constante negociación de roles y responsabilidades en las familias reconstituidas pone de manifiesto que el parentesco como proceso⁹⁷ puede ser incluso más relevante que aquel que viene dado por la biología o el estatus legal, si bien, estos no son rechazados. Es ilustrativo de este fenómeno el concepto de «emparentamiento» (*kinning*) que Signe HOWELL acuña en el contexto de las adopciones internacionales en Noruega. La propia autora lo define de esta manera:

«Proceso por el cual se introduce a un feto o un recién nacido (o una persona no conectada previamente) dentro de una relación significativa y permanente con un grupo de gente, el cual se expresa a través de un término acerca de la relación de parentesco»⁹⁸.

⁹⁵ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁶ Lo que sí que apuntan en este sentido GANONG y COLEMAN es el hecho de que, tras una ruptura de pareja, en muchos casos, los hijos desean seguir manteniendo una relación con la expareja de su progenitor. Especialmente si durante la convivencia, éstos habían desarrollado una relación íntima, que se ve truncada sin que medie la voluntad del menor. *Vid.* Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Stepparenting», *op. cit.*, p. 171 y ss.

⁹⁷ La transformación de la concepción de parentesco se produce a partir de lo que los antropólogos han llamado el giro *schneideriano* en honor a David M. SCHNEIDER y su deconstrucción del parentesco como categoría analítica en *A Critique of the study of Kinship*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1984. Aunque no era su propósito, sus tesis dieron lugar, no a la desaparición del parentesco como categoría de estudio, sino a su transformación. Esto derivó en un interés renovado de los antropólogos hacia las relaciones de parentesco y provocó que surgieran ideas de proceso frente a estructura e ideas de los individuos como agentes activos con capacidad de iniciativa frente a un individuo como simple sujeto pasivo. Para una mejor explicación del fenómeno, *vid.* Ana María RIVAS RIVAS, «Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico», *Revista de Antropología Social*, vol. 18, 2009, pp. 7-19, p. 8.

⁹⁸ Signe HOWELL, «¿Quién soy, entonces? Perspectivas de los adoptados transnacionales sobre identidad y etnia», en Diana MARRE, Joan BESTARD, (eds.), *La*

Tanto en la adopción como en la formación de una nueva pareja que dé lugar a una familia reconstituida, el «emparentamiento» es una actividad consciente y deliberada. Es un proceso más visible que en los casos de los recién nacidos, a pesar de que estos también son culturalmente emparentados con sus progenitores biológicos. Este «emparentamiento» consciente y deliberado da lugar a los llamados parentescos electivos que, no determinados por el destino, requieren de la aportación de cada uno de los sujetos implicados⁹⁹. Es decir, es necesario un trabajo activo para adquirir el parentesco, que se convierte en una decisión individual de adquirir obligaciones recíprocas.

3.2. Parentalidad y crianza en las familias reconstituidas

La siguiente cuestión a analizar es precisamente qué tipo de relación es la que se desarrolla entre el adulto afín y los hijos de su pareja en relación con su crianza. Se han hecho incontables categorizaciones de este tipo de relación, pero, a grandes rasgos, muchas coinciden en ciertos patrones. Los adultos afines, para los hijos de sus parejas, pueden ser: como un progenitor; como una amistad; como un cuasi pariente, es decir, alguien entre un progenitor y un amigo, alguien que ejerce ciertas responsabilidades parentales, pero no las más importantes; o como un «íntimo extraño», alguien con quien no se tiene una relación íntima, pero sí que forma parte del círculo íntimo al ser la pareja de un progenitor¹⁰⁰.

Ahora bien, como ya he avanzado, ejercer uno de estos roles no depende únicamente de las voluntades del propio adulto afín y del menor. La posibilidad de desarrollar uno u otro dependerá de estrategias y comportamientos que, conscientemente o no, adopte la familia en su conjunto, incluyendo aquí también al progenitor no residente. A continuación, se diferencian tres posibles configuraciones familiares

adopción y el acogimiento. Presente y perspectivas, Barcelona, Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, 2004, pp. 197-222, p. 198.

⁹⁹ Elisabeth BECK-GERNSHEIM, *op. cit.*, pp. 71, 74.

¹⁰⁰ Lawrence GANONG y Marilyn COLEMAN, «The Dynamics of Parenting in Stepfamilies», *op. cit.*, p. 151 y ss.

amplias en las que las familias reconstituidas se pueden insertar: aquella en que el progenitor no residente se encuentra ausente de la vida del menor; aquella en que este está presente y ambos hogares, el del progenitor residente y del no residente, coexisten de forma paralela o conflictiva; y aquella en que ambos hogares no sólo coexisten, sino que se coordinan de forma armoniosa. Sirviéndome de los estudios realizados con familias reconstituidas de composición heterosexual en España por JOCILES y VILLAAMIL PÉREZ¹⁰¹, así como con familias reconstituidas no heteronormativas o *queer* en España y en Estados Unidos llevados a cabo por ÁLVAREZ BERNARDO y ROMO AVILÉS¹⁰² y ACOSTA¹⁰³, respectivamente, describo resumidamente las estrategias de parentalidad que muestran las familias reconstituidas en cada una de estas situaciones.

3.2.1. Ausencia del progenitor no residente

En primer lugar, ACOSTA considera que en estas situaciones no existe «parentalidad plural» en las familias *queer* que analiza¹⁰⁴. JOCILES RUBIO y VILLAAMIL PÉREZ describen con más detalle esta situación, en la que consideran que las familias reconstituidas aplican una lógica de «sustitución». Siguiendo esta lógica, en la familia reconstituida, se produce un proceso paulatino en el que el adulto afín va asumiendo responsabilidades parentales mientras el otro progenitor deja de desempeñarlas, si es que las había ejercido alguna vez. Es decir, el adulto

¹⁰¹ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas» *op. cit.*; «Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas», *op. cit.*; y «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *Anthropologica*, Año XXVI, 2008, pp. 63-85.

¹⁰² Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*

¹⁰³ Katie L. ACOSTA, *Queer Stepfamilies. The Path to Social and Legal Recognition*, Nueva York, New York University Press, 2021.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 41.

afín asume un rol parental, mientras que el progenitor no residente lo abandona¹⁰⁵.

Puede que esta ausencia del progenitor no residente venga precedida de un incumplimiento serio de su rol paterno o materno, lo que sirve para reforzar y legitimar el proceso de «emparentamiento» electivo entre los hijos menores y el adulto afín, quien se presenta como una mejor figura parental¹⁰⁶. También puede ser deseable que se produzca este remplazo por necesidades económicas o por la voluntad de encontrar un «buen padre» o una «buena madre» para los hijos menores. Generalmente, los gastos del hogar familiar son compartidos por la nueva pareja¹⁰⁷, incluidos los de los hijos no comunes y con independencia de que el otro progenitor cumpla o no son su obligación de alimentos¹⁰⁸. En estas familias, a pesar de haber desligado pareja conyugal y parental, es más fácil que, consciente o inconscientemente, se pretenda replicar el modelo familiar nuclear¹⁰⁹.

3.2.2. Existencia de dos hogares paralelos o en conflicto

En estos supuestos, JOCILES RUBIO y VILLAAMIL PÉREZ identifican familias que aplican una lógica de la «duplicación», en las que tanto el progenitor no residente como el adulto afín desempeñan funciones parentales. Es decir, a diferencia de las situaciones previas, en estas familias todos los adultos desempeñan funciones propias de un progenitor, incluso los adultos afines, que son animados por sus parejas

¹⁰⁵ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 222.

¹⁰⁷ Resulta interesante también la práctica de inscribir bienes que pueden ser objeto de transmisión hereditaria, como la vivienda familiar, sólo a nombre del cónyuge o la pareja que es progenitor de todos los hijos comunes, para evitar que la parte del adulto afín vaya a su familia de origen y no a los hijos no comunes en el momento de la muerte de ambos: *Ibid.*, p. 224.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Charlotte PYLYSER, Ann BUYSE y Tom LOEYS, *op. cit.*, p. 500. Estos autores señalan que es frecuente que la preferencia o el imperativo social de formar una familia nuclear afecte de manera importante a las familias reconstituidas que desean legitimar su posición social.

a hacerlo¹¹⁰. ACOSTA, en su estudio sobre familias reconstituidas *queer*, identifica dos posibles configuraciones de parentalidad plural en estos supuestos: la «tolerable» y la «conflictiva»¹¹¹.

En los mejores casos, ambos hogares comparten un objetivo común, aumentar el bienestar de los hijos e hijas, pero este se lleva a cabo de manera paralela o descoordinada. En general, esto es debido a una falta de comunicación, en tanto que esta no resulta del todo fácil u orgánica¹¹². Esto comporta que los hijos, además de vivir en dos hogares diferentes, vivan en dos mundos normativos que pueden llegar a ser contrapuestos y que la participación del adulto afín en la crianza resulte más complicada. En este sentido, el ejercicio de la función de la autoridad suele reservarse a los progenitores¹¹³, mientras que el resto de las funciones (como los cuidados cotidianos, el apoyo escolar, actividades de entretenimiento, la transmisión de hábitos y modales, etc.) sí que son compartidas con los adultos afines y duplicadas en cada hogar. En estas familias, por tanto, los adultos afines se erigen como cuasi-parientes, sin desplazar de su lugar al progenitor no residente.

La separación o el divorcio que puede preceder la formación de una familia reconstituida que opta por esta lógica puede producirse en un clima de enorme tensión y conflicto, que se extienda incluso una vez finalizado el proceso legal de disolución. Esta circunstancia complica

¹¹⁰ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 69.

¹¹¹ Katie L. ACOSTA, *op. cit.*, p. 21.

¹¹² Por ejemplo, ACOSTA señala que los adultos afines tienen muy poca o ninguna comunicación con el progenitor no residente; *op. cit.*, p. 29.

¹¹³ En este sentido, las investigadoras apreciaron diferencias de género en las actividades a realizar con los hijos: las actividades de cuidado quedaban más frecuentemente a cargo de las mujeres y las de ocio a cargo de los hombres. Es decir que, salvo el ejercicio de la autoridad más profunda, la división de roles o de funciones no se hace en función de si se ostenta la condición de padre o madre legal, sino del género de cada uno de los adultos. Esto responde a la concepción que tienen sus miembros de la familia nuclear como la ideal. María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *op. cit.*, pp. 73-74.

aún más entendimiento en la crianza¹¹⁴. En estos casos, ACOSTA identifica las estrategias de parentalidad múltiple «conflictivas», en las que los progenitores tienen una relación extremadamente problemática, mediada incluso por abuso y/o violencia, que puede llegar a provocar que pierdan de vista el objetivo común de velar por el bienestar de sus hijos¹¹⁵.

En ambas situaciones y a pesar de la incomodidad o el conflicto explícito, la presencia de hijos comunes obliga a ambos progenitores a seguir manteniendo una relación¹¹⁶, que se ve tremendamente regulada, tanto en su faceta personal como económica, por las disposiciones resultantes del procedimiento judicial correspondiente¹¹⁷. El resultado del procedimiento judicial, pues, se erige como determinante para la relación que pueda construir ya no sólo el progenitor no guardador con sus hijos, sino también la pareja de este.

Por lo que hace a la pareja reconstituida, progenitor y adulto afín suelen contribuir de manera paritaria a los gastos del hogar, que incluyen los de los hijos no comunes. Los gastos que generan los hijos en la propia casa de cada progenitor se entienden naturalmente unidos o adicionados a los del resto de la familia, pero se separan los que generan en la casa del otro progenitor¹¹⁸.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 70.

¹¹⁵ Katie L. ACOSTA, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁶ Es interesante aquí lo que señalan JOCILES RUBIO y VILLAAMIL PÉREZ respecto a la construcción de la paternidad de los progenitores no guardadores. Muchos de ellos (en su mayoría hombres) en estas situaciones tampoco rompen del todo la relación con sus exparejas porque son conscientes de que la construcción de su paternidad respecto de sus hijos depende de la influencia positiva de éstas: María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁷ Katie L. ACOSTA, *op. cit.*, pp. 29, 34.

¹¹⁸ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *op. cit.*, pp. 77-78.

3.2.3. Existencia de dos hogares armoniosos

Por último, puede darse que la coexistencia de dos hogares por los que el menor transita se produzca de una forma no sólo relativamente pacífica, sino también armoniosa. Es lo que ACOSTA denomina parentalidad plural «fuerte», en la que todos los adultos, se coordinan como un solo equipo de crianza e incluso se consideran «familia» o amigos cercanos entre ellos¹¹⁹.

JOCILES RUBIO y VILLAAMIL PÉREZ identifican que en estas situaciones «armoniosas», las familias aplican una lógica que denominan de «evitación». En general, estas familias favorecen la comunicación entre los progenitores y evitan buscar culpables de los conflictos, en aras de un interés común de llegar a acuerdos por el bien de los hijos¹²⁰. Frecuentemente, ambos acuden a eventos de los hijos e hijas, se ocupan conjuntamente de sus estudios y se consultan sobre decisiones importantes. La relación entre los dos núcleos es autorregulada por mecanismos que, en algunos casos, pueden estar refrendados o no por un convenio regulador. Sin embargo, es frecuente que se den guardas compartidas de hecho a pesar de no ser esto lo dispuesto en el convenio y que los hijos cuenten con relativa libertad para transitar por ambos hogares, especialmente llegada la adolescencia. De la misma manera, se da cierta flexibilidad en la distribución de las contribuciones económicas a los gastos de los hijos comunes¹²¹. Sin embargo, si ACOSTA asociaba estas situaciones a familias en que todos los adultos eran considerados figuras parentales por el o los menores¹²², las familias de la muestra de JOCILES RUBIO y VILLAAMIL PÉREZ evitan que los adultos afines desempeñen cualquier función parental. Estas son otorgadas exclusivamente a los progenitores y a los adultos afines se les niega cualquier posición en el parentesco de los menores. En estas familias, su papel respecto a los hijos de su pareja se define casi exclusivamente

¹¹⁹ Katie L. ACOSTA, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁰ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 117.

¹²¹ *Ibid.*, p. 109.

¹²² Katie L. ACOSTA, *op. cit.*, p. 20.

en términos negativos de lo que no deben hacer¹²³. Es aceptable que los adultos afines apoyen las posturas del progenitor en conflictos respecto de los hijos, pero no que medien en estos asuntos con una posición propia. El ejercicio de la autoridad, como en las estrategias de duplicación, queda totalmente reservado a los progenitores. La división de esferas también se da en lo que hace a gastos de los hijos (colegio, ropa, etc.), que no son asumidos por los adultos afines¹²⁴. El reparto de roles y de funciones parentales según el género aparece más imprecisa y se produce más bien una convivencia basada en el individualismo y en la separación de bienes y esferas personales.

Ahora bien, esto no necesariamente conlleva que los adultos afines sean presencias irrelevantes en la vida de los menores: de una u otra manera, los adultos afines contribuyen a enriquecer las vidas de los menores¹²⁵. Podría decirse, por tanto, que en estas familias se está ante el concepto de «íntimos extraños» o una relación que a veces se ha denominado de «lejanía próxima»¹²⁶, si bien también tiene cabida el concepto de amistad. Estos conceptos para definir la relación entre hijos y adultos afines también están muy presentes en la investigación sobre familias reconstituidas no normativas de Gloria ÁLVAREZ y Nuria ROMO en las que predominaban los modelos de evitación¹²⁷. Según las autoras, utilizar el término amistad no debe ligarse a una falta de profundidad, sino más bien al contrario. Este se utiliza para describir una relación íntima y profunda sin ubicarla en el parentesco, el cual, a su vez, se asocia con posiciones rígidas y jerárquicas, algo que se intenta evitar. Si bien no educa ni ejerce autoridad, la pareja del progenitor se convierte en un referente a quien poder acudir en busca de ayuda o de asesoramiento, sobretodo en temas que resultan difíciles de tratar con los progenitores¹²⁸.

¹²³ María Isabel JOCILES RUBIO y Fernando VILLAAMIL PÉREZ, «Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 114.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 112-113.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 117.

¹²⁶ Beatriz MONCÓ REBOLLO y Ana María RIVAS RIVAS, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁷ Gloria ÁLVAREZ BERNARDO y Nuria ROMO AVILÉS, *op. cit.*, p. 135 y ss.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 144.

Ahora bien, todo este esquema y conclusiones se derivan de muestras pequeñas y parciales, por lo que no puede inferirse que estén presentes todas las posibilidades parentales para las familias reconstituidas, ni que todas ellas se amolden a las categorías presentadas. Sin embargo, si una conclusión puede extraerse de los estudios sociológicos y antropológicos es la de la gran diversidad de prácticas y estrategias en las familias reconstituidas, que se basan en negociaciones constantes, susceptibles a cambios y actualizaciones.

4. La regulación de las familias reconstituidas en España

A diferencia de la consolidada presencia y diversidad que muestra la realidad social de las familias reconstituidas, el derecho español no prevé instrumentos flexibles que permitan reconocer las relaciones afines en todos los casos en que esta presenta caracteres familiares. Sólo algunos derechos de familia autonómicos (el CDFA, el CCCat y el FNN) reconocen la existencia de estas familias y, en dos casos (los del CDFA y el CCCat), proporcionan una regulación de la relación afín. El CC, por el contrario, no prevé una regulación específica, ni tampoco sus normas sobre filiación y ejercicio de responsabilidades contemplan la posibilidad de que exista un adulto afín interesado en ejercer algunas de las funciones que el código reserva únicamente a los progenitores en la actualidad.

4.1. El inicio de su reconocimiento jurídico

Dado que las familias reconstituidas no son una «nueva» forma familiar, sino que, fruto de la viudedad, estas son al menos tan antiguas como la familia nuclear, las normas civiles de nuestro ordenamiento preveían y prevén desde hace décadas ciertos efectos a las segundas nupcias de los progenitores en relación con los hijos. En el pasado, estos efectos se articulaban, principalmente, como una serie de protecciones para con los hijos frente a lo que se concebía como una amenaza para su posición

patrimonial y afectiva en la familia: la aparición de un nuevo cónyuge del progenitor¹²⁹. Otras disposiciones que presentan una concepción similar de la reconstitución familiar aún persisten a día de hoy. Así, por ejemplo, el art. 244.1º CC permite solicitar la emancipación al propio hijo mayor de dieciséis años cuando el progenitor que «ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor». Otras disposiciones que, con mayor o menor medida, presentan este carácter pueden apreciarse también actualmente en el ámbito del derecho de sucesiones¹³⁰.

Sin embargo, a partir de los años noventa empiezan a entrecruzarse las problemáticas jurídicas que el afecto parental, pseudo parental o familiar que puede darse en las familias reconstituidas supone. De esta manera, surge una creciente necesidad de reconocer las relaciones afines que se dan en su seno¹³¹. En 1992, DÍAZ ALABART utiliza el concepto «pseudo estatus *familiae*» para referirse a todas esas situaciones de hecho que tienen un componente familiar y que la ley no reconoce explícitamente. En particular, se refiere a los hijos no comunes en las familias reconstituidas de la siguiente manera: «este tipo de hijos serían familiares del consorte de su padre, aunque no tengan con él ningún lazo de

¹²⁹ María Elena LAUROBA LACASA, «Familias recompuestas y pluralidad de guardadores», en *El Derecho De Familia Y Los Nuevos Modelos De Familia. Novedades Doctrinales Y Jurisprudencia*, Thomson Reuter Aranzadi, 2015, pp. 67-84, p. 69; Encarnación ROCA TRÍAS, «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», en *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 2005, p. 118; Felipe POU AMPUERO, «Interpretación de la Ley 272 del Fuero Nuevo», en Nafarroako PARLAMENTUA, (ed.), *El Patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial. Jornadas sobre Derecho Foral Navarro*, 2004, pp. 173-186, p. 243. Por ejemplo, la redacción original de la Ley 77 FNN (de los principios fundamentales del régimen de bienes en la familia) establecía que: «Los derechos que esta Compilación reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros».

¹³⁰ En este sentido, *vid.* subapartado 4.3. *infra*.

¹³¹ En este sentido, pero refiriéndose al ordenamiento jurídico francés, FULCHIRON destaca el cambio de paradigma operado de la perspectiva proteccionista para con los hijos del primer matrimonio y de desconfianza en las segundas nupcias a la habilitación de mecanismos para que los adultos afines puedan tratar a los hijos de sus parejas de manera similar a los propios: Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 42.

parentesco»¹³². La autora basa su afirmación sobre todo en el hecho de que, en ese momento, previo a la reforma de la separación y el divorcio de 2005, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes respecto de, también, los hijos no comunes que convivieran en el hogar familiar era causa de separación y divorcio de acuerdo con el artículo 82.2 CC¹³³. De esta manera, defiende el carácter familiar y protegible de la relación entre adulto afín y los hijos de su cónyuge¹³⁴. Para DÍAZ ALABART, la relación afín es digna de protección cuando hay convivencia entre el menor y el cónyuge de su progenitor, ya que esta provoca que se forme una relación recíproca de afecto y dependencia. Tomando como referencia el fin constitucional del legislador de proteger a los hijos menores (art. 39 CE), la autora señala que «nos encontramos ante unas situaciones nuevas dentro del Derecho de familia, que hay que reconocer y construir como nuevas relaciones jurídicas de carácter familiar o cuasi familiar»¹³⁵.

También en los años noventa, comienzan tanto el Tribunal Supremo, como el Constitucional, a pronunciarse sobre el «parentesco por afinidad». En la sentencia de 8 de junio de 1992¹³⁶, la Sala de lo Civil del TS confirma una sentencia de la AP de Madrid que había confirmado el derecho de subrogación por muerte de la arrendataria en un contrato de arrendamiento urbano no al hijo de ésta, sino al de quien había sido su cónyuge. Para el TS, en ese caso, la Audiencia había realizado «una interpretación amplia, que pretendía acomodar a la realidad histórica y social presente». De esta manera, el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de la época¹³⁷, contemplaría la subrogación tanto de descendientes consanguíneos como afines.

¹³² Silvia DÍAZ ALABART, «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil», *Revista de derecho privado*, vol. 76/10, 1992, pp. 839-856, p. 850.

¹³³ *Ibid.*, p. 843.

¹³⁴ Al ser el fundamento de su argumentación el art. 82.2 CC, la autora sólo se refiere a parejas casadas.

¹³⁵ Silvia DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 843.

¹³⁶ MP: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (ECLI:ES:TS:1992:4562).

¹³⁷ Correspondiente al art. 16 de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE núm. 282, de 25.11.1994 (de ahora en adelante, LAU).

Más tarde, sin embargo, en su sentencia núm. 13/1995, de 24 de enero¹³⁸, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la misma cuestión. La recurrente en recurso de amparo había pretendido subrogarse como arrendataria en el contrato de alquiler que inicialmente había firmado su padre. Los tres, el padre, su cónyuge y la hija del primero, habían convivido en la vivienda desde 1941 hasta 1981. Este año fue en el que falleció el padre, momento a partir del cual ambas mujeres continuaron conviviendo, habiéndose subrogado la viuda en el contrato de arrendamiento. Al morir esta última, la AP de A Coruña negó el derecho de subrogación a la hija por no existir parentesco entre ella y la que había sido cónyuge de su padre (ahora arrendadora). Recurriendo en amparo ante el TC, esta alegó una vulneración al derecho a la igualdad y la no discriminación del art. 14 CE. El TC, sin embargo y a pesar de calificar la relación entre la recurrente y la cónyuge de su padre de «filiación por afinidad», acabó descartando la discriminación. Avaló la interpretación del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del momento por la que la Audiencia de A Coruña denegó la subrogación a la recurrente, si bien, declaró que la interpretación contraria («una extensiva e integradora», como la que había realizado el Tribunal Supremo años antes) también hubiera sido plenamente constitucional.

En otros ámbitos del derecho civil como el de las indemnizaciones por accidentes de vehículos a motor, el Tribunal Supremo también inició el reconocimiento de la relación equiparable a la de parentesco que se da en algunas ocasiones en las familias reconstituidas. En la STS núm. 1612/2001, de 17 de septiembre, el tribunal admitió que el adulto afín con quien la víctima no mantenía ningún vínculo legal fuera considerado progenitor a efectos de la indemnización por causa de muerte¹³⁹. De esta manera, confirmó la interpretación de la AP de Girona según la cual no considerar padre a efectos indemnizatorios a la pareja de la madre de la víctima que había asumido su crianza iría «en contra de los

¹³⁸ STC núm. 13/1995, de 24 de enero, MP: Rafael de Mendizábal Allende, (ECLI:ES:TC:1995:1).

¹³⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1612/2001, de 17 de septiembre, MP: Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo (ECLI:ES:TS:2001:6805).

más elementales sentidos de la justicia material, cuanto porque supondría una discriminación de las parejas de hecho, cuando uno de ellos no fuera padre biológico del hijo del otro con quien convive “*more uxorio*”».

A día de hoy, el art. 62 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (de ahora en adelante, LRCSCVM)¹⁴⁰ considera a los «allegados» como una categoría de perjudicados a efectos de indemnizaciones por causa de muerte¹⁴¹. De acuerdo con el art. 67 de la misma ley, estos son aquellas «personas que [...] hubieran 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». Por otro lado, el punto tercero del art. 62 LRCSCVM admite que puedan ser considerados perjudicados aquellas personas que «de hecho y de forma continuada, [hubieran ejercido] las funciones que por incumplimiento o inexistencia no [ejercía] la persona perteneciente a una categoría concreta o [hubiera asumido] su posición» (perjudicados por analogía). Entre las categorías de perjudicados, los arts. 64.1 y 65.1 LRCSCVM reconocen a los progenitores y a los hijos, respectivamente. Por consiguiente, ya sea porque se les otorga la consideración de «allegados» o porque puede probarse que han asumido las posiciones de progenitor e hijo respectivamente, el adulto afín y el hijo o hija de la pareja podrían ser considerados perjudicados en la muerte del otro por accidente de un vehículo a motor. Ahora bien, existe cierta controversia respecto de en qué supuestos puede ser el adulto afín considerado un perjudicado por analogía. Mientras que hay quien apuesta por considerar que únicamente podrán serlo cuando sustituyan a un progenitor no

¹⁴⁰ 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, B.O.E. núm. 267, de 05.11.2004.

¹⁴¹ Esta categoría de perjudicado es introducida por 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.

residente ausente o premuerto¹⁴², otros consideran que debería darse en todos los casos que el adulto afín esté ejerciendo un rol funcionalmente parental¹⁴³. Recientemente, la AP de Madrid se ha decantado por la primera de las interpretaciones. En un caso que implicaba a una familia reconstituida, ha considerado perjudicado, en el sentido del art. 62.3 LRCSCVM, al marido de la madre del fallecido en un accidente de tráfico. Este había asumido las funciones de progenitor de la víctima, supliendo al padre legal que se había desentendido de su crianza¹⁴⁴.

4.2. Las familias reconstituidas en el derecho de familia

Como avanzaba, más allá del reconocimiento jurisprudencial de la existencia de la relación afín o de su previsión legal en algunas materias civiles como en el baremo de indemnizaciones por accidentes provocados por vehículos a motor o en el orden de delación de los tutores de un menor de edad, la regulación en derecho de familia es bastante limitada. Como he apuntado, sólo las legislaciones navarra, aragonesa, y catalana cuentan con menciones explícitas a las familias reconstituidas en sus derechos de familia. Las dos últimas, además, incluyen cierta regulación de la relación entre los hijos e hijas de la pareja y adulto afín. El Código civil español y el resto de derechos autonómicos, por el contrario, no hacen ninguna mención específica a

¹⁴² Miquel MARTÍN CASALS, «Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nomenados, allegados y perjudicados por analogía», en Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Gema TOMÁS MARTÍNEZ, (eds.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 727-758, p. 753.

¹⁴³ En relación con la posibilidad de que el adulto afín sea considerado un progenitor funcional (sobre este concepto, *vid.* apartado 2 del capítulo II *infra*). A favor de esta interpretación se muestra DE PAÚL VELASCO: «A pesar de lo que pueda sugerir su lectura literal, sería inicuo interpretar el artículo 62.3 de la Ley en un sentido tal que limitase el reconocimiento del parentesco funcional a los casos de inexistencia, premoriencia o abandono del correspondiente pariente biológico. El absurdo de esta interpretación se evidencia sin más que reparar en que a nadie se le ocurriría sostenerla tratándose de hermanos o hijos funcionales» José Manuel DE PAÚL VELASCO, «Nuevos tipos de familia ante el baremo de tráfico: familias monoparentales y familias reconstituidas», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, vol. 66, 2018, pp. 9-24, p. 19.

¹⁴⁴ SAP Madrid (Sección 14) núm. 39/2020, de 24 de febrero, MP: Ilma. D. Sagrario Arroyo García (ECLI:ES:APM:2020:2227).

las familias reconstituidas, ni tampoco proporcionan estatuto jurídico alguno para el adulto afín.

4.2.1. Instrumentos «genéricos» de derecho de familia

A pesar de esta falta de previsión de una regulación para el adulto afín, existen recursos genéricos, es decir, no ideados por el legislador para dar respuesta a las relaciones afines en las familias reconstituidas (o al menos, para todas ellas), que han servido a algunas familias para reconocer jurídicamente el vínculo familiar entre el adulto afín y el menor. Aunque con importantes inconvenientes, han resultado útiles para otorgar al primero responsabilidades parentales sobre el segundo y legitimar su posición en la familia¹⁴⁵.

a) *Adopción del hijo o la hija del cónyuge o pareja estable*

La adopción del hijo o la hija del cónyuge o pareja estable está regulada en los arts. 175.4 y 176.2.º CC; en el art. 235-32.1.a) CCCat; y en la ley 59.2 FNN. En todos los casos, supone el establecimiento de un vínculo de filiación entre el menor y la pareja de su progenitor, lo que comporta no sólo que el otro progenitor no ejerza como tal por no ostentar la potestad parental, sino que se eliminen todos los vínculos jurídicos entre este y el menor (art. 178.1 CC, ley 61 FNN). De esta manera, para que se pueda adoptar al hijo de la pareja, es necesario que o bien no haya filiación determinada a favor de otro progenitor, que este haya muerto, que se encuentre privado o esté sometido a una causa de privación de la potestad parental, o que dé su asentimiento a la adopción.

¹⁴⁵ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padraastro/madrastra en el código civil de Cataluña», en Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Mario E. CLEMENTE MEORO, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Rafael VERDERA SERVER, (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, València, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 2187-2212, p. 2192. Encarnación ROCA TRIAS, «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», *op cit.*, p. 234. Antonio VIDAL TEIXIDÓ, «Artículo 236-14. Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 1267-1270.

La adopción se constituye mediante un procedimiento judicial que da lugar al establecimiento de una relación jurídica de filiación plena que, como tal, tiene numerosos efectos en el ámbito civil y más allá, y que será irrevocable. Es decir, el cónyuge o pareja del progenitor que desea asumir funciones parentales sobre el hijo de este sólo puede recurrir a la institución de la adopción cuando el otro progenitor es, siguiendo una lógica de sustitución, eliminado del esquema parental. A la vez, la pareja del progenitor pasa a ser considerada progenitora de los hijos de su pareja, sin ninguna limitación, incluso ante una eventual ruptura de la relación.

Es evidente que una medida con efectos tan relevantes puede resultar desproporcionada, además de inviable, para una gran parte de las familias¹⁴⁶. Se configura, por tanto, como una solución viable únicamente en los casos de estrategias de parentalidad de sustitución; bien por la defunción del otro progenitor o bien por su desentendimiento completo de la vida del menor¹⁴⁷.

b) Reconocimiento de complacencia

El reconocimiento de los hijos e hijas de la pareja es otra vía por la que obtener un reconocimiento jurídico de la relación afín. Sin duda, estaríamos ante un reconocimiento de complacencia, en tanto que el reconocedor es consciente de no ser el padre biológico del hijo o la hija que está reconociendo como tal¹⁴⁸. De nuevo, la consecuencia de este acto por parte del adulto afín sería el establecimiento de una relación de filiación, con todos los efectos que de ella se derivan, y sólo sería posible de no existir una segunda contradictoria determinada. Sin embargo, presenta una gran inseguridad jurídica en tanto que es una filiación

¹⁴⁶ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2193. Margarita GARRIGA GORINA, «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *InDret*, 3/2004, 2004, pp. 1-20, p. 8.

¹⁴⁷ En el capítulo IV *infra*, analizo en profundidad la cuestión de la adopción y su posible modificación para su mejor adaptación a la realidad de todas las familias reconstituidas.

¹⁴⁸ Irantzu BERIAIN FLORES, *La Adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 167.

vulnerable a impugnaciones por no corresponderse con la *verdad biológica*¹⁴⁹.

Frente a la adopción, tiene la ventaja de ser más fácil desde el punto de vista formal, al ser un procedimiento ante el Registro Civil. Ahora bien, de nuevo, puede no ser una solución óptima si no se busca establecer una relación tan significativa e irreversible como la de filiación.

c) Otros derechos y responsabilidades

Por otro lado, existen otros instrumentos que no implican una relación de filiación, pero que sí establecen algún deber de cuidado hacia los hijos de la pareja. En este sentido, el artículo 68 CC, al regular los efectos personales del matrimonio, establece el deber de compartir el cuidado de ascendientes y descendientes, así como de otras personas dependientes a cargo de uno de los cónyuges. Podrían entenderse incluidos en este precepto los cuidados que necesiten los hijos no comunes que convivan con el matrimonio¹⁵⁰. Ciertamente, se trata de un deber genérico y difuso, cuyo contenido no es especificado por el precepto y que además únicamente es aplicable a las familias de base matrimonial¹⁵¹.

Además de este deber genérico de cuidado durante la convivencia marital, también existen previsiones legales que permiten que el adulto afín obtenga la guarda de los menores una vez se ha extinguido la pareja entre este y el progenitor. Así, los arts. 103.1ºII CC y 233-10.4 CCCat y la Ley 71 FNN permiten atribuir, excepcionalmente, la guarda a terceros

¹⁴⁹ Margarita GARRIGA GORINA, «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *op. cit.*, p. 8. Dentro de los plazos de caducidad de las acciones de impugnación de la paternidad (arts. 137 y 140 CC), es perfectamente posible que el que reconociera a sabiendas de no ser el progenitor biológico pueda impugnar su propia paternidad, más allá de la posibilidad de impugnación por parte del hijo o hija del art. 137 CC; STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 494/2016, de 15 de julio, MP: Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto (ECLI:ES:TS:2016:3192).

¹⁵⁰ Gabriel GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la addenda introducida en el artículo 68 CC por Ley 15/2005», en José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Pedro GARRIDO CHAMORRO, (eds.), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters-Civitas, 2010, pp. 703-711, p. 706. Celia CARRILLO LERMA, *op. cit.*, p. 117 y ss.

¹⁵¹ Celia CARRILLO LERMA, *op. cit.*, p. 120.

como abuelos, parientes, y otras personas próximas¹⁵². Pero, además, en los casos en que no resulte conveniente atribuir la guarda a personas diferentes a los progenitores, se permite la posibilidad de adoptar un régimen de relaciones entre el menor y estas personas. El artículo 160.2º CC reconoce el derecho del menor a relacionarse, además de con sus progenitores cuando no ejerzan la potestad parental, con personas cercanas distintas a estos: hermanos, abuelos y otros parientes y allegados¹⁵³. La posibilidad de establecer un régimen de relaciones con

¹⁵² Encontramos algunos ejemplos en las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 679/2013, de 20 de noviembre, MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI:ES:TS:2013:5713) en la que se atribuyó la guarda de una menor al que había sido pareja de la madre y que había constado legalmente como progenitor hasta la impugnación de la filiación y posterior determinación respecto de otro hombre; y núm. 492/2018, de 14 de septiembre de 2018, MP: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García (ECLI:ES:TS:2018:3154) que otorgó la guarda a la tía paterna que venía ocupándose de la menor desde el fallecimiento de la madre y fijó un régimen de relaciones entre la menor y el padre biológico.

¹⁵³ «A nadie se le escapa que el artículo 160 del Código civil constituye, a veces, la única vía para mantener la paternidad/maternidad social, asumida libre y generosamente en tiempos de convivencia familiar, en hogares formados por parejas homosexuales o en las llamadas familias reconstituídas, cuando sobreviene la ruptura de la convivencia y ante la oposición del titular de la patria potestad, no existe relación jurídica que fundamente la reclamación y sólo queda el derecho a relacionarse con el menor ex artículo 160 del Código civil»: Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, València, Tirant lo Blanch, 2014, p. 113. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 126/2019, de 1 de marzo, MP: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz (ECLI:ES:TS:2019:653), el TS confirmó el mantenimiento de un régimen de relaciones entre una menor y el hombre que, durante los primeros años de su vida, había constado registralmente como su padre. Tras haberse impugnado la filiación de la menor con éxito, este pasó a ser considerado un allegado de la menor, dados los «vínculos persistentes y consolidados desde su nacimiento» que ambos mantenían («propios de una relación paterno filial») y el hecho de que la menor era hermana de la hija biológica del adulto, con quien este tenía fijado un régimen de relaciones. Así pues, de acuerdo con el informe psicosocial aportado en la instancia, el TS consideró que el interés superior de la menor y la conveniencia de no interrumpir el contacto con una figura clave en su desarrollo justificaban el mantenimiento de un régimen de relaciones entre ambos. Seguramente, la aplicación más conocida de la condición de allegado por parte de los tribunales en el estado español sea la del caso que dio lugar a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 320/2011, de 12 de mayo, MP: Excma. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias (ECLI:ES:TS:2011:2676), en el que la que había sido la pareja de la madre durante la concepción mediante técnicas de reproducción humana asistida (de ahora en adelante, TRHA) y el nacimiento del menor (con quien esta no mantenía una relación de filiación) fue considerada una persona «allegada» en el sentido del art. 160.2 CC para justificar el mantenimiento del régimen de relaciones que venía dándose entre ellos.

personas próximas o allegadas, en general, está presente también en el art. 236-4.2 CCCat, en la misma Ley 71 FNN, así como en el CDFa: en los arts. 75.2 in fine y 77.2.b), como contenido del pacto de relaciones familiares y en el art. 79.2.a), como medida necesaria a acordarse judicialmente en defecto de pacto. Adquirir la condición de allegado del hijo de la pareja, cuestión que debe ser decidida en un procedimiento judicial¹⁵⁴, ha servido para reconocer un derecho de relaciones de los menores con los adultos afines en casos de ruptura con el progenitor¹⁵⁵, pero no en todos los casos¹⁵⁶.

Este hecho no deja de poner de manifiesto cómo la evolución global del reconocimiento de las familias LGTBI y de las familias reconstituidas están estrechamente ligados. Dadas las dificultades e incluso en ocasiones la imposibilidad de ver reconocida la segunda filiación en una pareja del mismo género, estas son formalmente equiparables a las familias reconstituidas y habiendo de recurrir a los mismos instrumentos que estas para poder ver reconocidas sus posiciones parentales respecto de sus propios hijos. *Vel.*, por ejemplo, Nancy POLIKOFF, «A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century», *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. 201-267, 2009. Destaca esta «asimilación» formal entre familias reconstituidas y parejas de mujeres en derecho español: María Elena LAUROBA LACASA, «Familias recompuestas y pluralidad de guardadores», *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁴ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, «Concepto de allegados y el interés superior del menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 751, 2015, pp. 2871-2892, p. 2872.

¹⁵⁵ Así lo han hecho diversas AAPP; por ejemplo, la SAP Asturias (Sección 5ª) núm. 310/2014, de 26 de diciembre, MP: a Ilma. Sra. Dª María José Pueyo Mateo (ECLI:ES:APO:2014:2937); la SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 44/2012, de 26 de enero, Ilma. Sra. Dª Soledad Jurado Rodríguez (ECLI:ES:APMA:2012:875); o la SAP Madrid núm. 851/2019, de 18 de octubre, MP: Ilma. Sra. Dª Carmen Neira Vázquez (ECLI:ES:APM:2019:14414).

¹⁵⁶ Por ejemplo, no fue así en la SAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) núm. 71/2016, de 29 de diciembre, MP: Ilmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yébenes (ECLI:ES:APML:2016:212) por no considerarse que la relación mantenida entre adulto afín y menor, a pesar de ser buena, fuera equiparable a una parental: «Parece innegable que durante el tiempo en que al actor estuvo conviviendo con la madre adoptiva de la menor también se relacionase con ésta, y surgiese un sentimiento de afecto hacia ésta a la que pudiera considerar incluso como si fuera su hija; pero lo cierto es que no lo es, no existe ningún vínculo paterno-filial entre el actor y la menor, quien no considera al actor como su padre, aunque durante corto espacio de tiempo en que duró la convivencia entre ambos aquél asumiera dicha figura paterna. Pero una vez rota la convivencia con la menor y con su madre, no se estima que resulte beneficioso para la menor imponerle a ésta una relación con una persona (en este caso el actor) con la que no mantiene ningún vínculo de parentesco, a quien no reconoce como padre, y quien además mantiene una relación conflictiva con su madre. Es por ello, por lo que esta Sala considera que no puede otorgársele al actor apelante el concepto de allegado que establece el artículo 160.2 del Código Civil, y el derecho a

Por último, la mayoría de derechos civiles incluyen los alimentos o necesidades de los hijos no comunes entre las cargas del matrimonio. En sede de gananciales, el artículo 1362.1º.II CC hace una mención explícita a los hijos no comunes y considera sus gastos de alimentación y educación a cargo de la sociedad de gananciales del matrimonio mientras éstos vivan con la familia. El art. 187 CDFa impone, como un efecto general del matrimonio, la obligación de ambos cónyuges de contribuir a la satisfacción de todos los gastos familiares, incluidos los de crianza y educación de los hijos comunes o no comunes¹⁵⁷. La regulación catalana es, en este sentido, muy similar. Así, en las normas sobre régimen primario del matrimonio, el art. 231-5.2 CCCat establece que son gastos familiares los alimentos de los hijos no comunes que conviven con los cónyuges, siempre que los necesiten. En Navarra, los gastos de los hijos no comunes son considerados una carga de la sociedad de conquistas, de acuerdo con la Ley 90 FN. De la misma manera el art. 134 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, establece que los gastos de alimentación y educación de hijos no comunes son cargas del matrimonio en el régimen de comunicación foral de bienes. En todos los casos, se trata de un deber para con el cónyuge de contribuir a los gastos del matrimonio, que incluirían los de manutención de sus hijos. No es en ningún caso un derecho-deber de alimentos propiamente entre adulto afín y los hijos del cónyuge, dado que no hay entre ellos una relación de parentesco¹⁵⁸.

relacionarse con la menor, estableciendo una pensión alimenticia y un régimen de visitas similar al de un padre» (FJ 2). También niega el régimen de relaciones la ex cónyuge del padre que vivió con este y la menor hasta los 4 años de edad de esta la SAP Madrid (Sección 22ª) núm. 394/2015, de 21 abril, MP: a Ilma. Sra. Dª Carmen Neira Vázquez (ECLI:ES:APM:2015:7673). Para un análisis en profundidad de la posible negativa a establecer relaciones con allegados, *vid.* María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado: su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 220 y ss.

¹⁵⁷ María del Carmen BAYOD LÓPEZ, «Artículo 187. Satisfacción de las necesidades familiares», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (DIR.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (eds.), *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2011.

¹⁵⁸ *Vid.* en este sentido el apartado 4 del capítulo III *infra*.

4.2.2. Reconocimiento e instrumentos específicos de los derechos de familia autonómicos

La relación entre los hijos menores y la pareja de su progenitor, a pesar de no contar con un estatuto jurídico completo en el derecho civil estatal, no es del todo desconocida en algunos códigos autonómicos: el CDFa, el CCCat y el Fuero Nuevo hacen mención explícita a este tipo de familias.

a) *Las familias reconstituidas en el Código de Derecho Foral de Aragón*

El derecho civil aragonés ha sido pionero en el Estado español y el resto de nuestro entorno en el reconocimiento de las relaciones que se pueden dar entre adultos e hijos no comunes¹⁵⁹. Este hecho se encuentra estrechamente relacionado con la existencia en derecho aragonés de una institución propia y ligeramente diferente a la patria potestad romana: la autoridad familiar. Esta consiste en el «poder de dirigir la vida del menor para cumplir el deber de criarlo y educarlo»¹⁶⁰, que se configura de manera independiente a los poderes de representación del menor y de administración y disposición de sus bienes.

Precisamente la exclusión de la facultad para disponer de los bienes del menor y del poder para representarlo de la autoridad familiar es lo que ha propiciado que, de acuerdo con los artículos 63 y 64 CDFa, esta pueda corresponder a personas diferentes a los padres¹⁶¹. De esta

¹⁵⁹ DUPLÁ MARÍN sitúa el origen legislativo de la figura en el artículo 2 del Apéndice Foral de 1925, si bien localiza antecedentes previos en la regulación aragonesa: María Teresa DUPLÁ MARÍN, «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*, vol. 717, 2010, pp. 61-91.

¹⁶⁰ José Antonio SERRANO GARCÍA, «Artículo 63», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (eds.), *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2015, pp. 167-168, p. 168.

¹⁶¹ José Antonio SERRANO GARCÍA, «Artículo 85», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (eds.),

manera, los artículos del 85 al 89 CDFa regulan la atribución del ejercicio de dicha autoridad a personas cercanas a los menores en determinados supuestos. En general, se trata de la atribución formal de dicha autoridad a personas diferentes de los progenitores porque, de hecho, ya están ocupándose de la crianza del menor en defecto de estos (arts. 86 y 87 CDFa)¹⁶². El adulto afín, sin embargo, no necesita sustituir a ambos progenitores, solamente a uno, para ejercer la autoridad familiar junto al otro.

En este sentido, el artículo 85.1 CDFa permite al adulto afín ejercer la autoridad familiar de manera compartida con el progenitor que es, a la vez, su cónyuge¹⁶³. A pesar de poder ser útil a más familias que la adopción o el reconocimiento, en tanto que no supone establecer un vínculo de filiación, este precepto tiene un ámbito de aplicación tremendamente limitado. Para adquirir el estatus de adulto afín, «padrastra» o «madrastro» en las palabras que utiliza el propio CDFa, se requiere: (a) que esté casado con el progenitor, (b) que este progenitor sea el único titular de la autoridad familiar y (c) que el menor conviva con su progenitor y el adulto afín.

Es, por tanto, un régimen que otorga amplias facultades a un número muy limitado de adultos afines. Las facultades son amplias en tanto que el CDFa permite compartir el ejercicio pleno de la autoridad familiar con el cónyuge progenitor. Ahora bien, esto se hace a costa de eliminar del esquema parental al otro progenitor, que no debe ostentar la titularidad de la autoridad familiar¹⁶⁴ y de exigir un compromiso formal entre adulto afín y progenitor: el matrimonio.

Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2015, pp. 210-212, p. 210.

¹⁶² Particularmente, los abuelos y los hermanos mayores.

¹⁶³ Esta posibilidad existe en el derecho aragonés desde la Compilación de 1985. Previamente, el reconocimiento que se hacía de la figura del adulto afín era únicamente en caso de muerte del progenitor; posibilidad que se mantiene también a día de hoy: María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La autoridad familiar del padrastra o madrastra en la legislación aragonesa...», *op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁴ Así, el otro progenitor debe estar incurso en alguna causa de privación, suspensión o extinción (arts. 90 a 93 CDFa), situaciones mucho más extremas y excepcionales

El CDFa también prevé la figura del adulto afín en los casos en los que el progenitor, su cónyuge, muere. De acuerdo con su artículo 116, este puede ser designado tutor. Ahora bien, para evitar la tutela, el art. 85.2 CDFa sitúa al adulto afín en primer lugar del orden de preferencia para la atribución de la autoridad familiar en caso de muerte del progenitor¹⁶⁵. Es decir, en defecto de los padres y/o las madres, los adultos afines pueden asumir la titularidad de la autoridad familiar como si del progenitor se tratara; con el mismo alcance.

b) *Las familias reconstituidas en el Código civil de Catalunya*

Por otro lado, en Catalunya, la aprobación del Libro II de su Código civil en 2010, supuso un gran avance en el reconocimiento de las familias reconstituidas. Junto con el CDFa, es uno de los textos legales que más ha desarrollado un régimen jurídico para estas familias en el Estado español. La regulación fue pionera en Catalunya¹⁶⁶ y ofrece un ámbito de aplicación más amplio, pero facultades más limitadas que la regulación aragonesa.

El primer artículo del título III del Libro II del CCCat dedicado a la familia (art. 231-1.2) realiza el gesto simbólico de incluir a las familias reconstituidas en el concepto de familia de la siguiente manera:

«Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como

que la de no ostentar la guarda. Por supuesto, también comprendería situaciones en que el menor sólo tuviera una filiación determinada o que la segunda lo estuviera con efectos limitados (art. 61 CDFa). Este requisito, que se introdujo por primera vez en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, limita aún más el ámbito de aplicación de la norma y llama especialmente la atención si tenemos en cuenta que, de acuerdo con sus arts. 75.2 y 76.1, uno de los objetivos del CDFa ante la ruptura de la convivencia de los padres es la de que estos continúen sus relaciones con los hijos menores.

¹⁶⁵ Ahora bien, cualquiera de los padres puede hacer disposiciones testamentarias diferentes que vinculan a la autoridad judicial (arts. 88.2 y 114 CDFa).

¹⁶⁶ Para un análisis de la tramitación parlamentaria del Libro II en esta cuestión, *vid.* María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña», *op. cit.*, p. 607 y ss.

consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.»

Su preámbulo da cuenta de este hecho hablando del reconocimiento de «otras formas de familia». Si bien, como decía, este reconocimiento supuso un importante avance en Catalunya, digno de celebrar, debe señalarse que sigue haciéndose desde la otredad. Se les otorga, aunque implícitamente, un carácter de segunda a este tipo de familias manteniendo a la familia nuclear biparental como la norma¹⁶⁷.

En mi opinión, el último inciso del artículo 231-1.2 CCCat citado da cuenta de la reticencia a otorgar un estatus familiar más completo a las relaciones de facto que se generan en las familias reconstituidas¹⁶⁸. No trato de defender que no deban mantenerse los vínculos de los menores con sus progenitores, por supuesto, pero es evidente que supone una reiteración innecesaria. La vida separada de los progenitores y la formación de una nueva pareja de uno de ellos, en sí, no tiene ningún efecto sobre la filiación del menor respecto de sus progenitores y los efectos que de ella se derivan (art. 233-8.1 CCCat). La necesidad de enfatizar que este tipo de relaciones no alteran los vínculos legales previos refleja cómo el reconocimiento de las familias reconstituidas es aún interpretado como una amenaza a la familia nuclear tradicional biparental¹⁶⁹. A la vez, por este mismo motivo, se podría considerar la

¹⁶⁷ En este sentido, *vid.* reflexión sobre la terminología en el apartado 1 *supra*.

¹⁶⁸ Este inciso fue introducido en su tramitación parlamentaria por la enmienda núm. 157 presentada por G. P. Socialistes - Ciutadans pel Canvi, G. P. d'Esquerra Republicana de Catalunya y G. P. d'Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa para asegurar que la posición del adulto afín no minoraba la del progenitor; *vid.* María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 855.

¹⁶⁹ *Vid.* n. 129 *supra*. DUPLÁ MARÍN pone de manifiesto que la reticencia era incluso mayor y expone como ejemplo la enmienda a la tramitación parlamentaria del Libro II número 454 presentada por el Partit Popular que pretendía introducir un inciso en el art. 236-15 que estableciera que el contenido del artículo (las facultades del adulto afín en caso de muerte del progenitor guardador) sólo serían de aplicación cuando el progenitor que no tenía la guarda hubiera muerto también o se hubiera desentendido voluntariamente del ejercicio de la potestad parental. Esta enmienda, que no llegó a aprobarse, constata que la admisión de la reconstitución familiar por parte del derecho suele ser más fácil cuando se sigue una lógica parental de sustitución y se pretende, precisamente, replicar la estructura de la familia nuclear biparental a pesar de que no existan lazos biológicos entre el menor y uno de los adultos; María Teresa DUPLÁ

introducción del inciso incluso como un acierto, en el sentido de que permitió, aun teniendo en cuenta las reticencias políticas, avanzar en el reconocimiento jurídico de unas relaciones familiares que se venían dando de facto¹⁷⁰.

En este paradigma es en el que se introducen los arts. 236-14 y 236-15 CCCat. Ambos preceptos se encuentran ubicados en la Sección Segunda, «El ejercicio de la potestad parental», del Capítulo VI, «Potestad parental» e introducen *ex lege* facultades a favor de los adultos afines sin necesidad de eliminar o desplazar a la figura del otro progenitor¹⁷¹.

Más allá de este reconocimiento formal, el art. 236-14 CCCat permite que el adulto afín pueda incidir en la potestad parental de los hijos de su pareja, si bien, en ningún caso le otorga la titularidad de la potestad parental o su ejercicio completo. El adulto afín simplemente participa, limitadamente, de la potestad que su pareja ejerce¹⁷². El precepto faculta a participar en la toma de decisiones diarias que afecten al menor, entre las que se encuentran, en palabras del preámbulo de la ley, las relaciones con los educadores y la atención a las necesidades ordinarias.

El CCCat considera adulto afín a la pareja del progenitor que conviva con el menor, aun cuando el otro progenitor siga estando presente, siga

MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, p. 609, 613.

¹⁷⁰ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente», en Reyes BARRADA, Martín GARRIDO, Sergio NASARRE, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 735-746, n. 2.

¹⁷¹ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...» *op. cit.*, pp. 613 y 614.

¹⁷² Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2203; «La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña», en Reyes BARRADA, Martín GARRIDO, Sergio NASARRE, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 35-74, p. 64; Carmen María LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes segons el Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 18, 2018, pp. 47-65, p. 54.

teniendo determinada la filiación a su favor y siga ostentando la titularidad de la potestad parental. A diferencia del CDFA, reconoce el estatus jurídico de adulto afín tanto al cónyuge como a la pareja estable del progenitor¹⁷³. Además, este último ni siquiera ha de ostentar la guarda en exclusiva, ni mucho menos ser el único titular de la potestad parental, sino que el 236-14 CCCat otorga este estatus también en los casos en que los progenitores comparten titularidad y ejercicio de la potestad parental, como es habitual, y guarda.

El derecho catalán también prevé al adulto afín cuando regula el supuesto de la muerte del progenitor no residente. En general, en defecto de los padres, se debe acudir a las instituciones de protección de la persona, en concreto, a la tutela. El adulto afín es la primera persona en el orden de preferencia para ser designado tutor, de acuerdo con el art. 222-10 CCCat. Ahora bien, en los casos en que continúe presente el otro progenitor y no proceda adoptar un régimen de tutela, el CCCat introduce una novedad respecto a la guarda de los menores en las familias reconstituidas. De acuerdo con el art. 236-15 CCCat el adulto afín puede ostentar la guarda y las otras responsabilidades parentales, siempre que su pareja fallecida hubiera ostentado la guarda exclusiva del menor en vida. Sin embargo, esta posibilidad se configura como excepcional; el primer apartado del artículo indica que la norma general debe ser la recuperación de la guarda por el otro progenitor, si es posible¹⁷⁴.

¹⁷³ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2191. LÁZARO PALAU se plantea si el artículo 231-4.1 CCCat (que establece que la dirección de la familia corresponde a ambos cónyuges y los faculta a tomar decisiones unilaterales para satisfacer las necesidades y los gastos familiares ordinarios) otorga facultades más amplias a las parejas casadas. *Vid.* Carmen María LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁴ Esta calificación fue introducida durante la tramitación parlamentaria del Libro II, en la que se presentaron propuestas de enmiendas aún más restrictivas. Por ejemplo, la enmienda del GP CiU núm. 453, que pretendía situar a todos los parientes por consanguinidad con prioridad al adulto afín. *Vid.* María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-15. Atribució de la guarda del fill en cas de mort del cònjuge o convivent en parella estable», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 860-866, p. 862.

c) *Las familias reconstituidas en el Fuero Nuevo de Navarra*

Por otro lado, el FNN, desde su reforma en 2019, incorpora algunas referencias a las familias reconstituidas muy inspiradas, aunque más limitadas, en la regulación catalana. De manera similar al 231-1.2 CCCat, el segundo inciso de la Ley 50 del FNN establece lo siguiente:

«Son miembros de 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».

Sin embargo, la utilidad de esta declaración de intenciones es un tanto limitada. A pesar de este reconocimiento y de que el preámbulo de la norma afirme que, con la nueva y más extensa regulación de la responsabilidad parental (Leyes 64-77), se pretende dar cobertura jurídica al supuesto de falta de convivencia de los progenitores, no se regula un verdadero estatuto jurídico del adulto afín en el resto del FNN.

Por otro lado, sí que se hacen algunas referencias a los hijos de uniones anteriores con el objetivo de protegerlos patrimonialmente ante una eventual segunda unión de uno de sus progenitores. Entre ellas, cabe destacar la facultad de instar la liquidación de la sociedad conyugal o comunidad de bienes de la unión anterior disuelta por fallecimiento del otro miembro, también progenitor, cuando el superviviente procede a casarse de nuevo o formar una nueva pareja estable (Leyes 114-116 FNN)¹⁷⁵ o las reservas a favor de los hijos en sede sucesoria que comento a continuación.

¹⁷⁵ Estas normas regulan el supuesto de hecho de una persona viuda que se encuentra con sus hijos o hijas en una situación de comunidad (como consecuencia de haber sido instituidos herederos de la herencia del miembro de la pareja premuerto y no haber el progenitor superviviente liquidado la sociedad conyugal) en el momento en que se propone contraer matrimonio de nuevo o formar una pareja estable con otra persona. La razón de ser de estas normas es evitar la confusión de patrimonios y sus posibles efectos adversos para con los hijos: Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Ley 114», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA,

4.3. Las familias reconstituidas en el derecho de sucesiones

Visto cuál es el grado de reconocimiento y regulación de las familias reconstituidas en el derecho de familia, no sorprende que el derecho de sucesiones tampoco proporcione instrumentos del todo útiles para estas¹⁷⁶. En línea con el derecho de familia estatal, no hay un abordaje completo de las familias reconstituidas, sino que las referencias que se hacen a los hijos no comunes, especialmente en el régimen del CC, son escasas e indirectas¹⁷⁷.

El gran «inconveniente» que presenta la relación afín en materia sucesoria es que, si bien el derecho de familia le ha podido otorgar ciertos efectos, esta no comporta una relación de parentesco entre adulto y menor. Por esta razón, ni el adulto afín ni el hijo o hija de su pareja tendrán la consideración de legitimarios en las respectivas sucesiones, ni podrán ser llamados en caso de sucesión intestada de uno de ellos¹⁷⁸. Ahora bien, en ciertas ocasiones y en relación con otras cuestiones, el derecho reconoce la posible existencia de una familia reconstituida en materia sucesoria.

En primer lugar, debe llamarse la atención sobre los arts. 949 CC y 533 CDFa, que establecen que los hermanos de vínculo sencillo sólo recibirán la mitad de la porción hereditaria de hermanos de doble vínculo del causante si concurren en la sucesión intestada con estos últimos. Se trata de unas reglas cuestionables que convendría que fueran suprimidas por los legisladores estatal y aragonés, en la línea de la evolución del derecho sucesorio catalán¹⁷⁹. Otra disposición en la que la

(eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 509-512, pp. 510-512.

¹⁷⁶ Encarnación ROCA TRIAS, *Libertad y familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 140.

¹⁷⁷ Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁸ Excluyendo, por supuesto, aquellos casos en que se produce la adopción o el reconocimiento, en los que los adultos afines adquieren la condición de progenitores. Sobre la sucesión en casos de adopción y, específicamente de adopción del hijo de la pareja, *vid.* subapartado 4.4. del capítulo V *infra*.

¹⁷⁹ El art. 442-10.1 CCCat supuso precisamente la eliminación de esta regla de preferencia de los hermanos de doble vínculo que sí contenía el art. 339 del *Codi de*

existencia de familias reconstituidas se deja entrever en la regulación de las sucesiones es el art. 840 CC. Este contempla la posibilidad de capitalización o atribución mediante un lote de bienes de la herencia, a elección de los hijos, del usufructo del cónyuge viudo cuando concurre únicamente con hijos no comunes en la sucesión del causante. También en relación con el usufructo viudal y la presencia de hijos no comunes del causante, el art. 283.3º del CDFFA prevé la posibilidad de que el causante, mediante testamento o escritura pública, pueda excluir determinados bienes de dicho usufructo para transmitirlos a dichos hijos (siempre que el valor de estos bienes no supere el de la mitad del caudal hereditario).

Seguramente las disposiciones legales en materia sucesoria con un contenido más relevante sean las relativas a las reservas hereditarias. Por un lado, la reserva lineal o troncal del art. 811 CC asegura que ciertos bienes se mantengan en una determinada línea familiar, evitando que estos lleguen a manos de terceros, lo que puede devenir especialmente relevante en los casos de las familias reconstituidas. Por otro lado, y más específicamente relativa a las familias reconstituidas, encontramos la reserva viudal o binupcial. Con la finalidad de proteger los intereses de los hijos y descendientes de un anterior matrimonio ante uno posterior y la posible concurrencia de nuevos hijos, los arts. 968 y ss. establecen la obligación del viudo o viuda que contraiga nuevo matrimonio de reservar a los hijos y descendientes del anterior la propiedad de todos los bienes que hubiera adquirido del cónyuge difunto o de los hijos de dicho matrimonio por testamento, por sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo. Esta reserva no sólo se prevé en relación con segundas o ulteriores nupcias, sino que también tendrá lugar cuando el cónyuge viudo hubiera tenido un hijo no matrimonial, durante el matrimonio o tras la muerte del cónyuge, o hubiera adoptado a una persona que no fuera legalmente descendiente de dicho cónyuge difunto.

Successions (Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, DOGC núm. 1544, de 21.01.1992).

Este tipo de reservas están presentes también en algunos derechos autonómicos. Por ejemplo, el derecho vasco contiene tanto una reserva troncal¹⁸⁰ como con una reserva a favor de los hijos del cónyuge o miembro de la pareja fallecido¹⁸¹. También encontramos una reserva específica en el art. 119 LDCPV: la de los bienes raíces donados para un matrimonio, reservados para los hijos comunes de dicha unión, con exclusión de cualquier otros. La reserva vidual es también institución histórica en el derecho civil navarro¹⁸². A día de hoy, la Ley 273 FNN establece la reserva a favor de los hijos de un anterior matrimonio o pareja estable en los casos en que uno de los progenitores contrae nuevo matrimonio o constituye pareja estable¹⁸³.

De hecho, las familias reconstituidas, o las segundas nupcias, están relativamente presentes en el FNN. Por ejemplo, en relación con el usufructo de viudedad (Leyes 253 y ss. FNN), se regulan ciertas especificidades para el caso de que existan hijos de un matrimonio o pareja estable anterior. Como es de esperar, se excluyen del alcance de dicho usufructo los bienes reservados a los hijos de anterior unión (Ley 255.6 y 7 FNN). En el pasado, el FNN contenía aún más referencias a la reconstitución familiar; principalmente, estableciendo ciertos derechos para los hijos de un anterior matrimonio en la sucesión del causante¹⁸⁴. Seguramente el derecho más destacable para los hijos de anterior matrimonio en sede de sucesiones era el de igualación de la

¹⁸⁰ Art. 118 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (de ahora en adelante, LDCPV). La troncalidad es, de hecho, el principio que rige las sucesiones en Bizkaia, Aramaio y Llodio, de acuerdo con los arts. 61 y Ss. LDCPV.

¹⁸¹ Art. 120 LDCPV. Esta reserva se refiere a los hijos del cónyuge o del miembro de la pareja, no de los hijos del *matrimonio o la pareja*; por lo que debemos entender incluidos los hijos no comunes (a diferencia, seguramente, de la reserva del 968 CC).

¹⁸² Aladino COLÍN RODRÍGUEZ, «Ley 274», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 812-818, p. 813.

¹⁸³ Rafael RUIZ DE LA CUESTA MUÑOZ, «Ley 273», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 1091-1100, pp. 1093-1094.

¹⁸⁴ En la línea de la anterior Ley 77 FNN, la Ley 157 FNN establecía el principio rector de las donaciones y las sucesiones de salvaguarda de los derechos de los hijos y descendientes de anterior matrimonio; y la Ley 339 FNN lo reiteraba en relación con la partición de la herencia.

anterior Ley 272 FNN, hoy en día suprimido¹⁸⁵. Dada la inexistencia de una legítima material, el derecho navarro regulaba el derecho de los hijos de un matrimonio anterior del causante de recibir al menos lo mismo que el hijo más favorecido de uno ulterior.

En cambio, en derecho catalán, la reserva vidual, a pesar de haber sido también una institución tradicional (arts. 269 y 270.2 de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya¹⁸⁶), ha quedado totalmente eliminada en el actual CCCat (*vid.* art. 411-8). Sin embargo, además de algunas especificidades en cuanto a la adopción del hijo del cónyuge, que serán analizadas en el capítulo IV *infra*, el CCCat contiene algunas referencias tangenciales a las familias reconstituidas en materia de sucesiones. En la línea seguida por el FNN de proteger los derechos de los hijos y descendientes de una unión anterior, es decir, de los hijos no comunes, el art. 442-2.2 CCCat sólo prevé la preferencia del cónyuge o pareja estable sobre los nietos en la sucesión intestada, en caso de que los hijos repudien la herencia, cuando todos los hijos que concurran a la sucesión sean comunes. Por otro lado, el 422-13.4 CCCat, extiende la ineficacia automática de algunas disposiciones a causa de la ruptura de la pareja a aquellas que favorecen al hijo de la pareja; en realidad, a todos sus parientes «en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad»¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Décadas antes de la aprobación de la Ley Foral 21/2019, ya se ponía de manifiesto su inadecuación a la sociedad navarra del momento. POU AMPUERO destaca que las alternativas eran la de ampliar su alcance a supuestos más amplios o eliminarla, opción esta última por la que se decantó la ley: Felipe POU AMPUERO, *op. cit.*, pp. 240 y 245.

¹⁸⁶ Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, BOE núm. 175, de 22.07.1960.

¹⁸⁷ Reforma operada por el legislador que, de acuerdo con VAQUER ALOY e IBARZ LÓPEZ, es lógica ya que la relación entre adulto afín (testador) e hijo de su expareja no es directa, sino a través de esta última; *op. cit.*, p. 217. Un argumento que no comparto: *vid.*, por ejemplo, subapartado 1.3. del capítulo II *infra*.

4.4. Las relaciones afines en otros ámbitos del derecho

Más allá del civil, en otros ámbitos del derecho también se han ido produciendo reconocimientos puntuales y aislados de las relaciones afines en las familias reconstituidas¹⁸⁸.

Por ejemplo, en derecho de la Seguridad Social, es doctrina unificada del TS que el concepto de «responsabilidades familiares» en relación con el subsidio de desempleo (art. 275.3 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; de ahora en adelante, TRLGSS) incluye a los hijos no comunes en base al siguiente razonamiento:

«a) Por una parte, no cabe duda que la “unidad familiar” la integran también los hijos privativos de uno de los cónyuges si, como ahora acontece, el hijo convive con la solicitante y su cónyuge, al resultar así de la realidad fáctica y no estar excluidos por la norma interpretada.

b) Por otra parte, no cabe entender que el hijo privativo de su cónyuge no esté “a cargo” de la solicitante, si convive con ella en el seno de la nueva unidad familiar, pues aunque se prescindiera de los presumibles aspectos de participación y ayuda en su formación y cuidado, los gastos que origina tal hijo repercuten, directa o indirectamente, en la economía de la unidad familiar, ya que, como mínimo y con independencia incluso del régimen económico matrimonial, merman necesariamente y por imperativo legal el importe de las aportaciones que puede efectuar al sostenimiento de la unidad familiar el progenitor con el que conviven que está obligado a alimentarlo en la máxima extensión legal dada la relación

¹⁸⁸ Para un análisis de diferentes efectos de las relaciones afines en las familias reconstituidas en ámbitos diferentes al derecho de familia *vid.* Margarita GARRIGA GORINA, «Les relacions paterno-filials de fet II», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 4, 2005, pp. 981-998 y Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*

parental que les une (argumento ex arts. 142, 143.2, 146 y 147 Código Civil).

c) Por último, esta conclusión es concorde tanto con el concepto constitucional de “familia” y con el principio de protección integral de los hijos (art. 39 Constitución), como con la configuración del ámbito familiar configurado en la nuestra legislación ordinaria (entre otros, art. 153 Código Penal), así como con el espíritu de nuestra normativa de Seguridad Social que, entre otras, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, concede derecho a la pensión de orfandad, bajo determinadas condiciones, especialmente de convivencia y dependencia, a los hijos que el cónyuge superviviente hubiere llevado al matrimonio (art. 16.3 Orden Ministerial 13 noviembre 1967)»¹⁸⁹.

Con cita de la misma argumentación, el TS también ha incluido a los hijos no comunes en el concepto de «cargas familiares» relativo a la pensión de viudedad (art. 31 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, en relación con el art. 219 TRLGSS). En la regulación de desarrollo de esta prestación, la presencia de «cargas familiares» hace aumentar la cuantía a recibir por el cónyuge o pareja estable superviviente de la persona fallecida. De esta manera, el TS ha considerado que debe entenderse que concurre este requisito incluso cuando los hijos son posteriores a la muerte del causante y existe un segundo progenitor obligado a su manutención¹⁹⁰.

Aunque no por el TS, los hijos no comunes han sido considerados por el TSJ de las Islas Canarias para otorgar la condición de «familia numerosa» a efectos de establecer el límite económico exigible en el

¹⁸⁹ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de septiembre de 1997, MP: Excmo. Sr. Fernando Salinas Molina (ECLI:ES:TS:1997:5576)

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 2 de octubre de 2008, MP: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto (ECLI:ES:TS:2008:5774)

cómputo de la prestación por hijo a cargo del art. 352 TRLGSS¹⁹¹. El tribunal, aplicando una perspectiva de protección de la infancia en su decisión, consideró que el concepto de familia numerosa del TRLGSS debe remitir al mismo concepto del art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección familias numerosas. Y es que precisamente este incluye literalmente a los hijos no comunes que convivan y que sean económicamente dependientes. Ahora bien, los hijos únicamente podrán computar en un hogar, con independencia de que ambos progenitores legales, el residente y el no residente, estén obligados a mantenerlos económicamente.

Desde la óptica del derecho administrativo, los hijos e hijas de la pareja menores de 26 años pueden entenderse como beneficiarios de los asegurados por el Sistema Nacional de Salud siempre que estén a su cargo, de acuerdo con la Disposición Adicional única del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Por otro lado, en el ámbito de extranjería, el art. 17.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incluye dentro de los familiares reagrupables a los hijos del o la cónyuge siempre que este o ésta ostente la potestad parental y la guarda en exclusiva y que estén efectivamente a su cargo.

En materia tributaria, destaca la previsión de los «ascendientes y descendientes por afinidad» en la regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones. El art. 20.2.a) de la Ley 28/1987 de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones¹⁹² prevé una reducción de la base imponible de este impuesto de 7.993,46 euros para adquisiciones *mortis causa* por parte de estos «parientes» por afinidad, a los que equipara a los colaterales de segundo y tercer grado. La Ley catalana 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones va más allá y asimila a efectos del impuesto, en su art. 60, «las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja

¹⁹¹ STSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 de enero de 2021, MP: Ilma. Sra. Dª Gloria Poyatos Matas (ECLI:ES:TSJICAN:2021:1).

¹⁹² BOE núm. 303, de 19.12.1987 (de ahora en adelante, LISD).

estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja» a las relaciones entre ascendientes e hijos a efectos del impuesto. Por otro lado, la Dirección General de Tributos, en su Consulta Vinculante V1113-22, de 19 de mayo de 2022, ha admitido la posibilidad de que una familia reconstituida pueda tributar conjuntamente al impuesto sobre la renta de las personas físicas incluyendo en la unidad familiar a los dos cónyuges y el hijo menor de sólo uno de ellos¹⁹³.

Por último, en el ámbito del derecho penal, el TS se ha pronunciado en más de una ocasión respecto a la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal a los adultos afines. Por ejemplo, en su sentencia núm. 1061/2009, de 26 octubre, apreció su concurrencia como agravante de un delito de lesiones perpetuado por la pareja de la madre de la víctima que convivía con ambas y había aceptado «los deberes inherentes a la guarda y custodia de la víctima» (FJ 5). De manera similar lo hizo en relación con dos delitos de lesiones y uno de inducción al suicidio cometidos por la que era la cónyuge del padre de las víctimas: «En el presente caso no hay relación de filiación biológica entre la acusada y las dos víctimas Enriqueta y María Consuelo; pero son hijas de su cónyuge, siendo la acusada, tras el alejamiento de su marido por orden judicial, la encargada de atender a esas menores desempeñando el papel materno. Se dan por tanto los presupuestos fácticos integradores de la agravante entre la acusada y los dos menores [...]»¹⁹⁴. Las relaciones afines también han resultado relevantes en la jurisprudencia penal del TS en relación con la posición de garante y la

¹⁹³ «Dado que la consultante ha vuelto a contraer matrimonio en 2021, esta podría realizar declaración conjunta con su actual cónyuge como unidad familiar, debiendo incorporar a la misma todos los hijos menores de edad, ya sean comunes o no, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos. Por tanto, en ese caso, la unidad familiar no estaría formada sólo por los dos cónyuges, sino que estaría formada por éstos y el hijo menor de la consultante, con independencia de que este no sea común». De acuerdo con el art. 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en casos de separación o divorcio, la tributación conjunta con los hijos menores corresponderá al progenitor que tenga atribuida la guarda, no pudiendo en ningún caso una persona figurar en más de una unidad familiar en cada ejercicio.

¹⁹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1387/2009, de 30 de diciembre, MP: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (ECLI:ES:TS:2009:8415), FJ 2.

comisión por omisión del art. 11 del Código Penal. Así, por ejemplo, en su sentencia núm. 64/2012, de 27 de enero¹⁹⁵, apreció esta cualidad en el adulto afín de las víctimas, al cual condenó en la modalidad de comisión por omisión por un delito de homicidio¹⁹⁶. En cambio, no ha apreciado esta posición en un caso en que no existía convivencia del adulto afín con las víctimas y su única aportación a la familia era una contribución económica¹⁹⁷.

4.5. Limitaciones

En definitiva, la formación de familias reconstituidas no es un fenómeno que haya escapado de la atención de algunos legisladores y de los operadores jurídicos de la mayoría de ámbitos del derecho, que han atendido a su existencia con criterios dispares. Sin embargo, resulta evidente que, a día de hoy, no se da una respuesta adecuada ni unitaria que garantice adecuadamente los derechos fundamentales de los miembros de estas familias¹⁹⁸. Como la mayoría de sistemas legales del mundo, el nuestro tampoco ha logrado ampliar y flexibilizar suficientemente su concepto de familia para incluir adecuadamente a las familias reconstituidas a pesar de que estas tampoco le son totalmente desconocidas¹⁹⁹.

De la revisión de la regulación que contienen los distintos derechos civiles del Estado español, se puede concluir que ninguno ofrece una regulación ni suficiente ni satisfactoria para las familias reconstituidas.

¹⁹⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 64/2012, de 27 de enero, MP: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (ECLI:ES:TS:2012:1007).

¹⁹⁶ «...sin que su posición de garante plantee cuestión en cuanto había asumido, junto a la madre, de la que era pareja sentimental, el cuidado diario de la menor»

¹⁹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1156/2022, de 22 de marzo, MP: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián (ECLI:ES:TS:2022:1156) en relación con un delito de lesiones: «si bien Cesar mantenía una relación sentimental con Mari Trini y contribuía a la manutención de la menor, no había convivencia estable entre la pareja, sino visitas esporádicas [...] el relato fáctico no permite concluir que hubiera asumido ninguna responsabilidad de cuidado sobre la niña, más que una mera ayuda».

¹⁹⁸ Encarnación ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *op. cit.*, p. 1069.

¹⁹⁹ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa...», *op. cit.*, p. 62.

En algunos ordenamientos no hay apenas ninguna mención a estas familias o a la figura del adulto afín y, en las que la hay, no deja de ser fragmentaria e incapaz de dar respuesta a las demandas de la realidad social. La situación actual comporta que los adultos afines se encuentren ante una elección del «todo o nada». Ser progenitores legales, estableciendo una relación de filiación con el menor mediante su adopción o reconocimiento²⁰⁰, si es que se dan las circunstancias para que esto sea posible; o situarse en un espacio de tercero-allegado cuyas consecuencias jurídicas no están del todo claras, al quedar plenamente sujetas a la discreción judicial sin que existan unos criterios uniformes respecto a qué realidades fácticas comportan qué efectos. Esta ambigüedad puede contribuir, además, a que el adulto afín no asuma responsabilidades puesto que no se le ofrecen garantías claras de que su implicación pueda verse legalmente correspondida.

A pesar de que las legislaciones aragonesa y catalana son las únicas en nuestro país en el Estado español que proporcionan una regulación para la relación afín, su abordaje es bastante limitado. En primer lugar, es preocupante que el CDFa deje fuera de su alcance a la mayoría de las familias reconstituidas al requerir el matrimonio del adulto afín con el progenitor, excluyendo a los adultos que forman parejas estables²⁰¹. Además, la exigencia de que el progenitor residente ostente la autoridad familiar en exclusiva alude a un supuesto familiar que el propio CDFa ya configura como excepcional cuando opta por el mantenimiento de las relaciones con los progenitores tras una ruptura (art. 76.1 CDFa).

²⁰⁰ Que, en muchos casos, resultará ser un compromiso demasiado intenso y profundo: Karlheinz MUSCHELER, «Das Recht der Stieffamilie», *FamRZ*, vol. 12, 2004, p. 916.

²⁰¹ Tal y como he expuesto en el subapartado 2.1. *supra*, las familias reconstituidas optan por la convivencia no matrimonial con mayor frecuencia que las familias que únicamente tienen hijos comunes. Además, este requisito legislativo llama especialmente la atención porque el CDFa impone a las parejas estables un régimen de obligaciones similar al del matrimonio (para la regulación de este tipo de parejas, *vid.* arts. 303 y ss. CDFa). Por ejemplo, el art. 313 CDFa establece la obligación de alimentos entre convivientes, con preferencia al resto de personas obligadas. También, paradójicamente, el art. 307.3 CDFa incluye entre los gastos comunes de la pareja los necesarios para el mantenimiento de los hijos no comunes que convivan con ellos. *Vid.* María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa...», *op. cit.*, p. 82.

En conclusión, el CDFa impone unos requisitos que la mayoría de las familias reconstituidas en nuestro país no satisfacen. En cambio, el ámbito de aplicación del régimen del CCCat es más amplio, pero su contenido puede resultar insuficiente para aquellas familias en las que haya un verdadero compromiso parental por parte del adulto afín, es decir, que su voluntad sea la de ejercer responsabilidades parentales al completo, y, a la vez, no se quiera o no se pueda sustituir al progenitor no residente mediante la adopción.

En segundo lugar, llama especialmente la atención el vacío de regulación ante la ruptura de la convivencia de la familia reconstituida en ambas regulaciones. A pesar de que tanto el CCCat como el CDFa prevén posibles regímenes para el adulto afín en el supuesto de que el progenitor muera, ninguno prevé mecanismos que permitan evaluar específicamente el mantenimiento de la relación con el menor en el caso de que la pareja se extinga voluntariamente²⁰². En efecto, ambas regulaciones nos abocan a las normas genéricas que regulan los efectos de la separación y el divorcio (arts. 233-1 y ss. CCCat; arts. 75 y ss. CDFa). Más allá de la utilización del concepto de «allegado» del menor, no existe ninguna disposición específica que regule las posibles relaciones entre la expareja del progenitor y este tras una ruptura de la convivencia²⁰³. Es cuestionable entonces hasta qué punto es útil una regulación de facultades parentales para los momentos de vida familiar sin conflictos de alta intensidad. Si bien es necesario reconocer la figura del adulto afín en los momentos de «paz familiar», es aún más

²⁰² Se plantea esta cuestión María Teresa DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa...», *op. cit.*, n. 17. VIDAL TEIXIDÓ apunta que tampoco se contemplan supuestos diferentes al fallecimiento del progenitor, pero similares, como, por ejemplo, su incapacitación o ausencia. Sin embargo, como el mismo autor apunta, parece razonable que pudieran ser reconducidos a la misma solución legal, «Artículo 236-15. Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 1271-1274, p. 1272.

²⁰³ LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 64.

importante dotar a las familias de normas en momentos de conflicto como puede ser la ruptura de pareja²⁰⁴.

Seguramente esta omisión de los legisladores se deba al hecho de que admitir y prever la posibilidad que la nueva pareja atravesase una crisis y se extinga obliga a plantearse la posible existencia de adultos afines sucesivos, circunstancia que aumenta considerablemente la complejidad familiar²⁰⁵. Sin embargo, no puede omitirse la realidad de que estas parejas son igual de susceptibles o más de romperse que las primeras uniones. Habiendo menores presentes en la familia, la posibilidad de hacer un *clean break* se torna un tanto más compleja, especialmente cuando progenitor y adulto afín habían llegado a tener nuevos hijos comunes²⁰⁶. La complejidad familiar, pues, no debe ser un impedimento a la regulación, más bien al contrario, un argumento a favor de su necesidad.

Por último, aunque ambas prevén cierta regulación, con importantes lagunas, del contenido personal de la relación entre adulto afín y menor, no entran a regular las cuestiones patrimoniales en las familias reconstituidas más allá del deber genérico de contribución a los gastos familiares o conyugales durante la convivencia. Es decir, ninguna prevé la posibilidad de que el compromiso parental con el menor, no genéricamente con la familia, pueda extenderse al ámbito patrimonial, más allá de los supuestos en que se pueda establecer una relación de filiación entre estos.

²⁰⁴ Margarita GARRIGA GORINA, «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁵ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2191.

²⁰⁶ Los arts. 233-1.c), 233-2.c) y 233-12 CCCat sí que contienen una regulación específica para constituir un derecho de relación entre hermanos que no convivan en el mismo hogar. Joaquim BAYO DELGADO, «Article 233-1. Mesures provisionals», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 390-397, p. 394.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DE UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA LA RELACIÓN AFÍN

1. Las familias reconstituidas y el concepto jurídico de familia

Vistas las limitaciones del derecho positivo y la frecuencia con la que se forman familias reconstituidas en España, el objetivo de esta tesis doctoral consiste en la articulación de una propuesta de *lege ferenda* para reconocer legal y jurídicamente la relación que se da entre un menor²¹³ y la pareja de su progenitor cuando esta presenta un carácter familiar. Propongo este reconocimiento por razón de una asunción, con menor o mayor intensidad, de ciertas funciones de crianza del menor por parte del adulto afín.

En el presente capítulo, exploro el encaje de las familias reconstituidas en el concepto constitucional y jurídico de «familia», así como alternativas a la concepción social y jurídica tradicional de la figura parental, para intentar situar a los adultos afines en este contexto. Finalmente, presento las líneas básicas de la propuesta de regulación contenida en el resto de la tesis.

1.1. Concepto abierto de familia e igualdad de los hijos e hijas

No existe en el ordenamiento jurídico una definición clara y unívoca de familia. Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en

²¹³ En general, tal y como se ha avanzado en el inicio de este capítulo, las propuestas se centran en las familias reconstituidas con hijos o hijas menores de edad, si bien, en el capítulo V, en relación con la posibilidad de adopción se plantea también la posibilidad de adoptar a mayores de edad que hayan convivido con el adulto afín durante la minoría (*vid.* apartado 3 del capítulo V *infra*).

adelante, CEDH)²¹⁴, ni la Constitución española imponen al legislador un modelo de familia concreto. En relación con algunos aspectos del concepto de «vida familiar» del art. 8 CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante, TEDH) reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados. Ejemplo de ello son las relaciones entre personas del mismo género²¹⁵, la posibilidad de otorgar el divorcio a solicitud del cónyuge «culpable» en contra de la voluntad del otro²¹⁶ o la resolución de conflictos de paternidad de un menor²¹⁷. Por su parte, el artículo 39 CE es lo suficientemente neutro y abierto para que su mandato de protección pueda alcanzar a las múltiples formas familiares que el legislador reconozca en cada momento²¹⁸.

Sin embargo, aunque no se impongan constitucionalmente límites al concepto jurídico de familia, el legislador sí puede delimitar, y lo hace, las relaciones que deben considerarse familiares a efectos de reconocimiento y protección²¹⁹. En este sentido, en el momento de

²¹⁴ «The Court notes at the outset that the institution of the family is not fixed, be it historically, sociologically or even legally»: *Mazurek c. Francia*, STEDH (Sección 3ª) de 1 de febrero de 200 (núm. rec. 34406/97), p. 52.

²¹⁵ A partir del caso *Schalk and Kopf c. Austria* [STEDH (Sección 1ª) de 24 de junio de 2010 (núm. de rec. 30141/04)], estas gozan de la protección del Convenio, en contra del criterio anterior sentado en *Mata Estévez c. España* [STEDH (Sección 4ª), de 10 de mayo de 2001 (núm. de rec. 56501/00)]. Para un análisis de esta cuestión, *vid.* Jens M. SCHERPE, «Same-sex couples have family life», *The Cambridge Law Journal*, vol. 69/3, Cambridge University Press, 2010, pp. 463-465.

²¹⁶ *Babiarz c. Polonia*, STEDH (Sección 4ª) de 10 de enero de 2017 (núm. de rec. 1955/10).

²¹⁷ Alice MARGARIA, *The Construction of Fatherhood: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 91. En este sentido, resulta ilustrativo comparar la resolución de conflictos de «padres putativos» cuando se originan en el ordenamiento jurídico alemán, donde se privilegia una concepción social de la paternidad [véase, *Abrens c. Alemania*, STEDH (Sección 5ª), de 22 de marzo de 2012 (núm. de rec. 45071/09); y *Kautzor c. Alemania*, STEDH (Sección 5ª), de 22 de marzo de 2012 (núm. de rec. 23338/09)], y cuando se han originado en el ordenamiento jurídico francés, que opta, en cambio, por una concepción biológica de la paternidad [véase *Mandet c. Francia*, STEDH (Sección 5ª), de 14 de enero de 2016 (núm. de rec. 30955/12)].

²¹⁸ Encarnación ROCA TRIAS, *Libertad y familia*, *op. cit.*, pp. 57-58.

²¹⁹ «El mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que

aprobación de la Constitución española, la familia que se pretendía proteger era la familia nuclear y, fundamentalmente, la basada en el matrimonio²²⁰. Consecuentemente, la protección constitucional del matrimonio en el art. 32 CE justifica que esta forma familiar pueda ser en cierta manera «privilegiada» legalmente²²¹.

Afortunadamente, esto no implica que la familia nuclear matrimonial sea la única que pueda o deba ser reconocida y protegida en el ordenamiento²²². En consecuencia, el concepto jurídico de familia ha ido progresivamente ampliándose, gracias a la literalidad abierta del art. 39 CE²²³, hasta el punto de que resulte más adecuado referirse a

resulten igualmente racionales»: STC (Pleno) núm. 222/1992, de 11 de diciembre, MP: Don Vicente Gimeno Sendra (ECLI:ES:TC:1992:222), FJ 4.

²²⁰ Encarnación ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *op. cit.*, pp. 1056-1057 y 1062; Pau SALVADOR CODERCH y Laura ALASCO CARRASCO, «Article 231-1. L'heterogeneïtat del fet familiar», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 62. «En 1978, que entra en vigor la Constitución, la familia tiene su fundamento básico en la relación conyugal y el parentesco, de donde surgen las relaciones familiares como conjunto de derechos y obligaciones de carácter familiar. La familia por excelencia era la matrimonial»: María Pilar FERRER VANRELL, «La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, vol. 21, 2020, pp. 272-310.

²²¹ «...no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*»: STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre, MP: Don Jesús Leguina Villa (ECLI:ES:TC:1990:184).

²²² «La Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado»: Encarnación ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *op. cit.*, p. 1057.

²²³ Por ejemplo, en su sentencia núm. 116/1999, de 31 de mayo, MP: Don Pablo García Manzano (ECLI:ES:TC:1999:116), que desestimaba el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, el Tribunal Constitucional (Pleno) se pronunciaba así respecto al concepto de familia en su FJ 13: «En consecuencia, no puede establecerse un obligado paralelismo entre los perfiles constitucionales de la familia y el concepto de ésta, mucho más restringido, del que parten los recurrentes. En este sentido y

«familias» jurídicas que no a una única familia²²⁴. La apertura del concepto y su desligamiento del matrimonio ha sido especialmente evidente en materia de relaciones verticales, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH en la materia²²⁵. De esta manera, en nuestro ordenamiento, el principio del interés superior del menor también ha

apurando la argumentación actora, bien pudiera deducirse que la “ratio” última de su impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Esta tesis no puede ser, sin embargo, compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional. En efecto, quizá la prueba más palpable de esa necesaria diferenciación de planos y, por ende, de la autonomía de significado que adquiere el instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica, lo constituya el hecho comúnmente aceptado de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos (véanse, en este sentido, las Sentencias del TEDH de 13 de junio de 1979 (asunto *Marckx*) 26 de mayo de 1994 (asunto *Keegan v. Irlanda*) y la de 27 de octubre de 1994 (asunto *Catharina Kroon, Ali Zerrouk y Sami M'Halleem-Driss v. Países Bajos*). No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992)». Se pronunció en el mismo sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su sentencia 320/2011, de 12 de mayo (FJ 3): «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».

²²⁴ Encarnación ROCA TRIAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *op. cit.*, p. 1087. En el mismo sentido se expresa en el Preámbulo del Proyecto de Ley de Familias, pár. II: «Ya no existe la familia, sino las familias, en plural».

²²⁵ El margen de apreciación otorgado por el TEDH a los estados en relación con la determinación de la existencia de vida familiar se reduce cuando lo que se pone en cuestión es el carácter familiar de las relaciones que mantienen menores de edad con sus progenitores. Es especialmente así a partir del histórico caso *Marckx v. Bélgica* STEDH (Pleno), de 13 de junio de 1979 (núm. de rec. 6833/74). En la decisión, el TEDH estableció la prohibición de discriminación por razón del nacimiento en virtud de los arts. 8 y 14 CEDH: *vid.* Walter PINTENS y Jens M. SCHERPE, «The Marckx Case: A “Whole Code of Family Law”?», en Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, Rebecca PROBERT, (eds.), *Landmark Cases in Family Law*, Oxford - Portland, Hart, 2011, pp. 155-174, p. 169. En casos posteriores, la prohibición de discriminación de hijos nacidos fuera del matrimonio ha sido reiterada en *Keegan c. Irlanda*, STEDH de 26 de mayo de 1994 (núm. de rec. 16969/90) y *Kroon y otros c. Países Bajos*, STEDH de 27 de octubre de 1994 (núm. de rec. 18535/91).

ido reconfigurando y ampliando el concepto de relaciones familiares verticales²²⁶.

1.2. La pareja de adultos como base de la familia

Sin embargo, a pesar de que la matrimonial no sea la única familia que el legislador pueda reconocer y proteger, el concepto de familia manejado por el derecho sigue partiendo del matrimonio, o «relación de análoga afectividad», como la base y origen de la familia²²⁷. Es decir, la relación afectiva entre dos adultos sigue siendo el punto de partida para conceptualizar las familias desde el punto de vista jurídico. De hecho, la idea que subyace nuestro ordenamiento jurídico, y muchos otros, es que

²²⁶ Por ejemplo, en la STC (Sala 2ª) 74/1997, de 21 de abril, MP: Don Rafael de Mendizábal Allende (ECLI:ES:TC:1997:74), el TC, después de admitir la posible diferencia de trato entre uniones matrimoniales y no matrimoniales, rechazó que lo mismo fuera posible en relación con los hijos resultantes de dichas uniones: «el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el art. 14 de la Constitución».

²²⁷ Por ejemplo, FERRER VANRELL señala como la propia configuración constitucional parece favorecer esta idea del matrimonio como elemento fundador de la familia: «Ha otorgado un puesto prevalente al matrimonio (Capítulo II) y ha relegado a la familia (Capítulo III)»: María Pilar FERRER VANRELL, *op. cit.*, p. 288. En este sentido, también son reveladoras algunas de las estructuras sistemáticas de los códigos o legislaciones civiles españoles. Por ejemplo, el art. 231-1 CCCat, que abre el Título III de su Libro Segundo, rotulado como «La familia», define las relaciones familiares como las que se derivan «del matrimonio o de la convivencia estable en pareja», si bien, posteriormente, reconoce también las familias formadas por un solo progenitor. Ocurre algo similar en el Código civil: la primera referencia a una cuestión familiar que se hace en el código es al matrimonio (art. 42 CC) y a pesar de que se habla antes del nacimiento, sólo se hace referencia a la madre como una cuestión biológica (desprendimiento del seno materno, en el art. 30 CC). El FNN se desvía ligeramente de este esquema. Si bien su Ley 50 inicia la enumeración de familias protegidas con la referencia a «las que se derivan del matrimonio», la regulación de la familia se inicia, posteriormente, por la filiación (Ley 51), seguida de la responsabilidad parental, y no es hasta la Ley 78 que se comienza a regular el matrimonio. La configuración del CDFa, por su parte, es particular. En su Libro I, sobre derecho de la persona, trata las relaciones entre ascendientes y descendientes, y no es hasta el Libro II que regula el matrimonio. Ahora bien, en este Libro II, dedicado a la familia, tan solo se regulan las relaciones de afinidad sexual entre adultos.

del matrimonio surge la procreación de la que se deriva la filiación y de la cual afloran las responsabilidades parentales, dando lugar así al esquema de matrimonio-procreación-filiación-parentalidad. Tanto es así que cuando la relación afectiva entre adultos se trunca y se produce una separación o divorcio, se habla de «crisis familiar», o incluso se cuestiona por los tribunales que pueda seguir existiendo la vida familiar²²⁸.

Existen diversas voces críticas respecto a esta posición central que se le da a la relación entre adultos²²⁹. Siguiendo la idea de que los lazos

²²⁸ Es doctrina reiterada del TS que la vivienda atribuida por razón de la guarda de los hijos menores ex art. 96 CC pierde el carácter de «familiar» cuando la madre pasa a formar una familia reconstituida en ese mismo hogar: «En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”»: SSTs (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 641/2018, de 20 noviembre, MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI:ES:TS:2018:3882); (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 568/2019, de 29 octubre, MP: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas (ECLI:ES:TS:2019:3489); y (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 488/2020 de 23 septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3033). Para una crítica a esta doctrina jurisprudencial y a la norma que la fundamenta, vid. Esther FARNÓS AMORÓS, «Incidencia de la convivencia marital en la vivienda familiar sobre el derecho de uso atribuido por razón de la guarda de los hijos», *Revista de derecho civil*, vol. 8/4, 2021, p. 1-46.

La AP de Barcelona, en aplicación de la regulación del CCCat respecto de esta misma cuestión, también se ha mostrado crítica con esta interpretación que el TS realiza del atributo de «familiar» de la vivienda tras la formación de una familia reconstituida: «A la luz del artículo 231-1 del CCCat no compartimos la concepción restringida del término vivienda familiar que utiliza el recurrente [la propuesta por el TS en su interpretación del art. 96 CC], consideramos que debe huirse de nominalismos estériles cuando la crisis matrimonial en sí misma es una ruptura familiar. Así pues, producida esta ruptura, o concebimos un concepto amplio del término familiar, o simplemente el mismo desaparece. La ruptura de los cónyuges supone, desde ese mismo momento, una nueva realidad familiar, por lo que no cabe, a nuestro juicio, invocar un concepto cristalizado de familia que fue en un momento dado y ya no es»: SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 149/2021, de 10 marzo, MP: Ilmo. Sr. D. Ignacio Fernández de Senespleda (ECLI:ES:APB:2021:2837).

²²⁹ Martha Albertson FINEMAN, *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*, New York, Routledge, 1994. Pamela LAUFER-UKELLES, «The Children of Nonmarriage: Towards a Child-First Family Law», *Yale Law & Policy Review*, vol. 40, 2022, pp. 384-464. Una de las propuestas más conocidas de FINEMAN en este sentido es la de constituir como unidad familiar básica, no el matrimonio, sino la diada «madre-hija» («*mother-child dyad*). Si bien comparto esta parte de la propuesta, no lo hago en relación con la necesidad, en opinión de la autora, de mantener un derecho de familia

familiares merecen ser reconocidos y protegidos por el derecho en virtud del cuidado que en ellos se da²³⁰, la relación parental seguramente sea en la que este vínculo es más intenso y estable en el tiempo²³¹. En este sentido, aunque algunas familias reconstituidas puedan tener, en ocasiones, la apariencia de una familia nuclear, no debe olvidarse, tampoco en el plano jurídico, que esta apariencia esconde una complejidad de actores e intereses que va más allá.

No es de extrañar, pues, que las familias reconstituidas encuentren un difícil encaje jurídico. En primer lugar, presentan tasas de conyugalidad más bajas que las biparentales²³². En segundo lugar, la relación afín presenta una gran diversidad social y afectiva. En tercer lugar, su particular constelación de intereses, que incluye los del progenitor no residente como consecuencia de situar al menor como centro de gravedad en vez de a la relación entre los adultos²³³, sobrepasa con creces los límites y costuras de la familia nuclear que privilegia el ordenamiento jurídico.

generizado. Esta se refiera a la diada *mother-child* y no *parent-child* de manera consciente en tanto que considera que no puede obviarse las relaciones desiguales en base al género que se dan aún en el ámbito familiar. Pese a estar de acuerdo, dudo de que la solución a ello sea mantener normas generizadas. En primer lugar, por considerar necesario superar el binarismo de género. En segundo lugar, porque generizar las normas puede suponer una perpetuación de esencialismos de género; en este caso, una glorificación de la maternidad como atributo femenino. Otras autoras, sin embargo, señalan que sí que se ha producido un cambio de paradigma en la regulación de la familia, pasando el estatus parental a ser central; *vid.* June CARBONE, «From Partners to Parents revisited: How will ideas of partnership influence the emerging definition of California parenthood?», *Whittier Journal of Child and Family Advocacy*, vol. 7, New York, Columbia University Press, 2007, pp. 3-62.

²³⁰ Jonathan HERRING, *Caring and the law*, Oxford and Portland, Hart, 2013, p. 93.

²³¹ Especialmente si se compara con la que se da entre adultos en sociedades con una alta tasa de divorcios, como es la española (*vid.* subapartado 2.1. *supra*) y la proliferación de familias reconstituidas es un ejemplo de ello

²³² *Vid.* subapartado 2.1 del capítulo anterior.

²³³ Esto no quiere decir que esta relación sea del todo irrelevante. Sin embargo, como se verá a lo largo del trabajo, mi apuesta es la de centrarme en la relación vertical que se desarrolle y en los caracteres que esta presente (que pueden ser diversos), dejando en un plano secundario la relación que se dé entre los adultos, más allá de que estos convivan junto con el menor y que la causa originaria de esta convivencia y del desarrollo de la relación entre adulto afín y menor sea la relación del primero con el progenitor del segundo.

1.3. Presentación y líneas teóricas de la propuesta

En algunas familias, el adulto afín puede erigirse funcionalmente como una figura parental o pseudo parental cuya relación con el menor se ha forjado a base de la asunción de funciones de cuidado y provisión de afectos con o sin el correspondiente desplazamiento de ningún progenitor legal. Así, un análisis y propuesta de regulación de la relación afín no puede eludir cuestiones como la desagregación de funciones parentales, su asunción sobre una base funcional o social y los escenarios multiparentales. Esto no equivale a afirmar que en todas las familias reconstituidas se darán estructuras multiparentales complejas, pero si se quiere evitar el riesgo de que la regulación de la relación afín solo suponga un «parche» a la familia nuclear tradicional que pueda quedar obsoleto con relativa facilidad, debe abordarse la relación afín con la suficiente amplitud.

El objetivo de este trabajo es explorar la expansión de los límites del derecho de familia, en particular, de las relaciones verticales, para acomodar las distintas realidades que pueden darse en las familias reconstituidas. He escogido esta tipología familiar porque, tal y como he expuesto en el capítulo anterior, regular las relaciones afines implicaría el reconocimiento jurídico de una realidad social cada vez más frecuente, en la que los menores son una pieza central. Propongo la regulación *ad hoc* de estas relaciones en aras de garantizar el reconocimiento y una mayor seguridad jurídica para un número creciente de familias²³⁴, así como cierta estabilidad afectiva y económica a los menores presentes en ellas. En este sentido, el art. 55.2 del Proyecto de Ley de Familias anuncia tal compromiso legislativo: «El alcance de las relaciones entre las personas menores de edad y los cónyuges o parejas de hecho de sus progenitores, derivadas de la convivencia, se definirán y regularán atendiendo a cada situación familiar de forma individualizada. En todo caso tendrán en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones de las personas menores de edad

²³⁴ Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 203; Cynthia G. BOWMAN, «The legal relationship between cohabitants and their partners' children», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 13, 2012, pp. 127-151, p. 128.

afectadas en los términos establecidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».

Por otro lado, la regulación también puede ayudar a los adultos afines a formarse unas expectativas más claras respecto a la relación que mantengan con el hijo o hija de su pareja. La actual falta de instrumentos adecuados supone la paradoja de que, al no enviar mensajes claros sobre la posición del adulto afín, estos decidan no implicarse en la crianza. Paralelamente, esta falta de implicación puede venir provocada en parte por la incerteza respecto de su estatus y la falta de garantías de continuidad de su relación con el menor²³⁵. De esta manera, la regulación de instrumentos alternativos puede ofrecer a las familias un mejor ajuste a sus realidades, que por otra parte fomente la asunción de responsabilidades por parte de quien convive y desarrolla una relación cercana con el menor. Además, su reconocimiento y regulación en el derecho civil permitiría que estas relaciones pudieran desplegar efectos en otros ámbitos del derecho de una manera coherente con todo el ordenamiento jurídico.

El punto de partida de la propuesta es el ordenamiento jurídico español, especialmente las regulaciones civiles autonómicas que ya mencionan la existencia de las familias reconstituidas y/o la relación afín, y el Código civil. A partir de sus insuficiencias y asumiendo las ideas de parentalidad funcional, desagregación y multiparentalidad, recorro también al derecho comparado en busca de instrumentos que puedan ajustarse mejor a las necesidades de las familias reconstituidas. De esta manera, la propuesta normativa que se articula mediante esta tesis doctoral consta de tres posibles regulaciones de la relación afín, de entre las que las propias familias reconstituidas podrían escoger la que mejor reflejara su realidad vivida en cada momento²³⁶: un estatuto de «cuidador afín»; la atribución de responsabilidades parentales; y el establecimiento de

²³⁵ Pamela LAUFER-UKÉLES, *op. cit.*, p. 39. Art. 55.2

²³⁶ Si bien, como se verá en el capítulo II, una de ellas se propone como régimen de aplicación automática (como *default rule*) tras una convivencia entre menor y adulto afín de más de dos años. En el caso de los dos regímenes restantes, debe tenerse en cuenta, además, que los requisitos exigidos para sus respectivas aplicaciones delimitan relativamente su acceso.

una relación de filiación mediante una «adopción aditiva», que no suponga necesariamente la extinción de ningún vínculo existente entre el menor y sus progenitores. Cada una de estas opciones se presenta y desarrolla en uno de los tres capítulos que siguen.

Todas ellas suponen un reconocimiento de la parentalidad funcional (o socioafectividad) ya que reconocen el carácter familiar de la relación afín, que se basa únicamente en el ejercicio de tareas de cuidado y en el afecto. Pero, dado que no todas las relaciones tienen un carácter familiar idéntico, resulta necesaria la desagregación parental. En el tercer capítulo, propongo una desagregación de las propias responsabilidades parentales para otorgar una parte de ellas al adulto afín. En el cuarto, se desagregan responsabilidades parentales y parentalidad (filiación), siendo posible otorgar las primeras de manera independiente a la segunda al adulto afín. La propuesta del quinto capítulo no supone desagregación, pero sí multiparentalidad en el terreno de la filiación. Esta atribuye la condición de progenitor al adulto afín sin necesidad de desplazar a ninguno de los anteriores. Los otros dos regímenes, en cambio, pueden potencialmente dar lugar a una situación de multiparentalidad en las que más de dos personas ejercen roles parentales desde posiciones diferentes.

Las propuestas pueden clasificarse en los modelos de regulación identificados por SOSSON y WILLEMS tras el análisis de las relaciones entre adultos y menores en el derecho comparado²³⁷. El primero de estos es el de flexibilización, que asume la concepción tradicional de la figura del progenitor o de la relación parental como la pieza fundamental de la regulación legal de las relaciones entre adultos y menores, pero flexibiliza su acceso tanto en el plano sustantivo como metodológico²³⁸. El segundo de ellos, el de diversificación, consiste en

²³⁷ Geoffrey WILLEMS y Jehanne SOSSON, «The Future of Legal Relationships between Adults and Children: Complex Issues and Hybrid Solutions», en Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, Jehanne SOSSON, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies: A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 825-864.

²³⁸ Por ejemplo, al permitir la doble filiación en parejas del mismo género o la multiparentalidad, basándose en acuerdos privados entre las partes: *Ibid.*, p. 857.

ofrecer, además del estatuto de progenitor, otros estatus alternativos para reconocer la posición de aquellas figuras importantes en la crianza de los menores que no pueden equipararse a un progenitor. Así, este modelo no intenta forzar a todos los adultos en el molde de progenitor, sino que aspira a ofrecer un estatus adecuado a su posición, con diferentes facultades y responsabilidades en cada uno de los supuestos que se consideren relevantes. De esta manera, las relaciones significativas del menor se ordenan de manera jerárquica o concéntrica²³⁹. El último modelo es el de difracción, que desagrega completamente las funciones de progenitor y las reparte entre diversos individuos en soluciones a medida, sin estatus predefinidos. Así, a la vez que supone evitar el dilema del «todo o nada» respecto de la figura de progenitor que presentan los modelos de flexibilización, también permite un encaje *ad hoc* que la regulación mediante estatutos generales del modelo de diversificación no puede ofrecer²⁴⁰. Finalmente, los autores identifican también modelos híbridos que combinan elementos de todos los anteriores.

La gran diversidad de estrategias de parentalidad que se observa en las familias reconstituidas²⁴¹ comporta que el establecimiento de un estatuto único para el adulto afín no sea adecuado²⁴². De esto, podría deducirse la conveniencia de las estrategias de difracción en todo caso y de dejar pleno margen a la discrecionalidad judicial o de las propias

²³⁹ *Ibid.*, p. 860.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 861-862.

²⁴¹ *Vid.* subapartado 3.2. del capítulo I *supra*.

²⁴² Así lo consideran también: Margaret M. MAHONEY, «Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren», *Family Law Quarterly*, vol. 40/1, 2006, pp. 81-108, p. 98; David L. CHAMBERS, «Stepparents, Biologic Parents, and the Law's Perceptions of "Family" after Divorce», en Stephen D. SUGARMAN, Herma Hill KAY, (eds.), *Divorce reform at the crossroads*, New Haven, Yale University Press, 1990, pp. 102-165, pp. 104-105; Penelope RUSSELL, «Research: An Empirical Exploration of Parental Responsibility for Step-Parents», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 26/3, 2014, pp. 301-321, p. 308; María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas», en María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Judith SOLE RESINA, (eds.), *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, València, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211-251, p. 223. Expresan la misma idea, en el ámbito del derecho de sucesiones: Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 225.

familias. Sin embargo, la difracción puede comportar un coste muy alto de incertidumbre y si lo que se pretende, entre otras cosas, es dotar de mayor seguridad jurídica a la relación afín, articular una propuesta completamente basada en un modelo de difracción contribuye precisamente al objetivo contrario.

Las propuestas que siguen en este trabajo, pues, presentan una naturaleza híbrida en tanto que cada una de ellas se encuadra, mayoritariamente, en uno de estos modelos²⁴³. En primer lugar, el capítulo III contiene la propuesta un estatuto de «cuidador afín» que podría considerarse diversificadora ya que crea un estatuto con una serie de efectos asociados de manera clara y predecible directamente aplicable al adulto afín. El principal problema que pueden presentar las estrategias diversificadoras, sin embargo, es el de la identificación precisa de aquellas relaciones que merecen un tratamiento jurídico específico. De esta manera, pueden suponer la imposición de una regulación inadecuada a alguna familia²⁴⁴. Por este motivo, en las siguientes propuestas, que comportan o pueden llegar a comportar efectos más relevantes, utilizo otras estrategias y su aplicación se supedita a la autocomposición familiar. En este sentido, la atribución de responsabilidades parentales al adulto afín propuesta en el capítulo IV podría encuadrarse en el modelo de difracción. Esta propone otorgar atribuir responsabilidades parentales al adulto afín, de una manera que pueda producirse cierto diseño «a medida» mediante el acuerdo de todos los responsables parentales del menor²⁴⁵. La propuesta de «adopción aditiva» contenida en el capítulo V, por su parte, constituye un ejemplo de flexibilización ya que aboga por ampliar quién puede ser progenitor (el adulto afín) de manera adicional a dos posibles progenitores ya determinados, permitiendo reconocer la multiparentalidad mediante el mecanismo de la adopción.

²⁴³ Su encaje en uno de ellos no es exacto, pero sí presentan elementos principales que pueden encuadrarse en alguno de los modelos.

²⁴⁴ Geoffrey WILLEMS y Jehanne SOSSON, *op. cit.*, pp. 860-861.

²⁴⁵ Es decir, permitiendo la inclusión o exclusión de facultades y/o obligaciones mediante pacto; *vid.* apartado 3 del capítulo IV *infra*.

Este mayor margen a la autocomposición familiar puede, sin embargo, suponer algunos riesgos, especialmente en relación con el menor, su bienestar y su autonomía. En este sentido, se proponen dos estrategias para intentar satisfacer las necesidades de las personas menores de edad sin que estas sean filtradas por los intereses de la relación entre los adultos de la familia. En primer lugar, en dos de las tres propuestas, las iniciativas y el contenido de los acuerdos adoptados deben aprobarse judicialmente²⁴⁶. En segundo lugar, el diseño del resto de elementos de la regulación propuesta se ha hecho con el objetivo de permitir que la perspectiva del menor sea tenida en cuenta, conceptualizándolo como sujeto²⁴⁷ y fomentando su participación en la toma de decisiones²⁴⁸. En la actualidad, el principal instrumento con el que se cuenta para garantizar la *participación* del menor en la toma de decisiones que le afecten es su derecho a ser oído y escuchado [art. 12 CDN y arts. 2.5.a) y 9 de la LOPJM]²⁴⁹.

²⁴⁶ La propuesta de «cuidador afín» se propone de aplicación automática si se dan una serie de requisitos. Esto se propone con el objetivo de otorgar cierta cobertura jurídica a la relación afín derivada de la mera convivencia, con independencia de que los adultos de la familia realicen los pasos necesarios para institucionalizarla o no, por lo que carecería de sentido que este régimen se sometiera a aprobación judicial para su constitución.

²⁴⁷ La regulación que propongo intenta alejarse de posibles concepciones del menor en la familia reconstituida como accesorio o carga económica del progenitor que entabla una nueva relación de pareja y, por el contrario, configurarlo como un sujeto, una parte, de la relación afín.

²⁴⁸ De acuerdo con el art. 2 de 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, BOE núm. 15, de 17.01.1996 (de ahora en adelante, LOPJM), uno de los criterios para interpretar y aplicar en cada caso el principio del interés del menor es «la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones» de este. Por este motivo, y de manera coherente con las ideas de capacidad gradual y del menor como titular de derechos, deviene tan importante la participación del menor en la toma de decisiones en relación con su vida, como puede ser determinar los efectos legales de su relación el adulto afín.

²⁴⁹ Mariëlle BRUNNING y Charlotte MOL, «Child participation in international and regional human rights instruments», en Wendy SCHRAMA, Marilyn FREEMAN, Nicola TAYLOR, Mariëlle BRUNING, (eds.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 13-40, p. 13. El TEDH también ha declarado que la infracción de esta garantía de participación del menor supone una violación del art. 8 CEDH. En el caso *C. c. Croacia*, STEDH (Sección 1^a) de 8 de octubre de 2020 (núm. de rec. 80117/17), el TEDH determinó que se había vulnerado el art. 8 CEDH al no haberse escuchado al menor ni habersele procurado una representación procesal independiente en el procedimiento en el que debía acordarse su guarda.

Existen, sin embargo, otras formas de participación. Por ejemplo, SHIER propone los siguientes 5 niveles: (1) el menor es escuchado; (2) el menor es animado a expresar su opinión; (3) las opiniones del menor son tenidas en cuenta en la decisión; (4) el menor es involucrado en el proceso de la toma de decisión; y (5) el menor comparte poder y responsabilidad por la toma de la decisión²⁵⁰. En este sentido, el control judicial de las decisiones y acuerdos que propongo que los miembros de una familia reconstituida puedan tomar respecto de la relación afín contribuiría a garantizar la participación del menor en su conformación²⁵¹. Es decir, el control judicial deberá garantizar que el menor ha sido escuchado y animado a participar en la fase previa de la conformación de la decisión fomentando su participación en el propio procedimiento. Por otro lado, en la propuesta de regulación se le concede cierta autonomía al menor, especialmente al mayor de 12 años. En este sentido, se permite que inste la exclusión del régimen automático del capítulo II, se le configura como parte necesaria del acuerdo de atribución de responsabilidades parentales del capítulo III y se requiere su consentimiento personal en el procedimiento de adopción del capítulo IV.

²⁵⁰ Harry SHIER, «Pathways to participation: Openings, opportunities and obligations», *Children & society*, vol. 15/2, 2001, pp. 107-117. Ser escuchado es sólo el primero de los niveles y el que, según SHIER, implica una participación menos intensa. Sin embargo, esta jerarquización implica que siempre sea más adecuada y deseable una participación de nivel 5 que una inferior, en realidad, esto dependerá más de las circunstancias concretas del caso y de la madurez y capacidad natural del menor, p. 115.

²⁵¹ En este sentido, es interesante el análisis de MOL del derecho comparado y su identificación de diferentes modos de participación del menor en los procedimientos judiciales. En primer lugar, la autora identifica en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que analiza la expresión directa de la opinión del menor ante la autoridad judicial, principalmente mediante su escucha. En segundo lugar, la transmisión de su opinión a través de terceros (diferentes a sus progenitores) representantes, como podría ser el defensor judicial de nuestro ordenamiento (arts. 235 y 236 CC). En tercer lugar, también puede darse la participación del menor de manera indirecta, mediante el reflejo de su opinión en informes elaborados por expertos. Por último, la autora identifica algunos ordenamientos en los que, en algunos supuestos, el menor puede ser considerado una parte procesal del procedimiento o puede, por sí mismo, iniciarlo: Charlotte MOL, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings. Represented, Heard or Silenced?*, Cambridge - Antwerp - Chicago, Intersentia, 2022, p. 359 y ss.

2. Parentalidad funcional y socioafectividad

La propuesta de una regulación para la relación afín obliga a reflexionar sobre el concepto de progenitor. O, más bien, sobre el de las figuras adultas familiares o cuasi-parentales para el menor. De la misma manera que no existe una definición de familia en el ordenamiento jurídico, pero sí unos límites sobre quién es o no es parte de una, el ordenamiento tampoco contiene una definición concreta de progenitor, pero sí normas jurídicas relativamente claras sobre quién lo es y quién no lo es respecto de un menor determinado que pueden o no coincidir, en determinados casos, con la realidad social.

Cuestiones como los avances médico-técnicos en materia de reproducción humana asistida, la lucha por la visibilidad y el reconocimiento de las familias LGTBIQ+, así como la proliferación de los divorcios y la monogamia en serie, entre muchos otros factores, han puesto en cuestión el vínculo aparentemente inseparable entre biología, reproducción y parentalidad sobre el que se fundamentan nuestras normas²⁵². Cada vez es más frecuente que quien genéticamente procrea, quien el derecho reconoce como progenitor y quien cuida diariamente no sean la misma persona²⁵³. De esta manera, en muchas familias, las relaciones parentales no se generan únicamente como consecuencia de un estatus derivado de la biología o la relación marital con la madre, como sucede en el arquetipo clásico de familia nuclear, sino como consecuencia del desarrollo a lo largo del tiempo de una relación de interdependencia y cuidado²⁵⁴. De esta manera, y con el apoyo de trabajos de otras disciplinas como la psicología²⁵⁵, surge el concepto de

²⁵² Christine BUDZIKIEWICZ, «Contracting on Parentage», en *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, pp. 151-168, p. 152.

²⁵³ Jonathan HERRING, *Family law*, 8, Harlow, Pearson Education Limited, 2017, p. 353.

²⁵⁴ Fiona KELLY, «Conceptualising the child through an ‘ethic of care’: Lessons for family law», *International Journal of Law in Context*, vol. 1/4, 2005, pp. 375-396, p. 389.

²⁵⁵ Entre estos destaca el concepto de *psychological parent* elaborado por GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT, según el cual este sería quien, con una frecuencia cotidiana, mediante la interacción, el acompañamiento, la interrelación y la reciprocidad, satisface las necesidades parentales y materiales del menor; Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD y Albert J. SOLNIT, *Beyond the best interests of the child*, New York, Free Press, 1973, pp. 17-

parentesco o parentalidad funcional²⁵⁶. Este parte de la noción de que la asunción de responsabilidades parentales es más relevante que la biología o el matrimonio para determinar la relación parental²⁵⁷.

2.1. *Functional parenthood* en el derecho estadounidense

El concepto de parentalidad funcional o *functional parenthood* ha sido desarrollado en el contexto anglosajón, especialmente en Estados Unidos²⁵⁸. En el plano teórico, diversas autoras han profundizado en la posibilidad de identificar relaciones familiares o parentales de acuerdo con este criterio funcional²⁵⁹. De acuerdo con estas propuestas, sería el

20. Laura T. KESSLER, «Community parenting», *Journal of Law & Policy*, vol. 24, 2007, pp. 47-77, p. 48.

²⁵⁶ Laura T. KESSLER, *op. cit.*, p. 55. La autora señala el desarrollo de la parentalidad funcional y, por tanto, definición expansiva del concepto de progenitor como respuesta al declive de la familia nuclear. *Vid.*, también, Pamela LAUFER-UKÉLES y Ayelet BLECHER-PRIGAT, «Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood», *George Mason Law Review*, vol. 20/2, 2013, pp. 419-484, p. 428.

²⁵⁷ June CARBONE, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁸ Laura T. KESSLER, *op. cit.*, p. 65. La autora señala que en sus inicios en este país, se erigió como una manera de poder determinar nuevos responsables del sustento económico de los menores. Por otro lado, parte del desarrollo de este concepto se ha dado, o ha sido útil, en el ámbito de las familias homoparentales, especialmente en las formadas por parejas de mujeres (*vid.*, por ejemplo, Katharine K. BAKER, «Quacking Like a Duck? Functional Parenthood Doctrine and Same-Sex Parents», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 92/1, 2017, pp. 135-176; Cynthia G. BOWMAN, «The legal relationship...», *op. cit.*, p. 128). Al haber un miembro de la pareja incapaz de mantener un vínculo genético con la criatura relevante para el derecho, una primera estrategia para reconocer su relación parental, fue la de desarrollar un corpus teórico sobre la parentalidad social, diferente a la parentalidad legal tradicional basada en el elemento biológico y/o matrimonial: Jessica FEINBERG, «Whither the Functional Parent? Revisiting Equitable Parenthood Doctrines in Light of Same-Sex Parents' Increased Access to Obtaining Formal Legal Parent Status», *Brooklyn Law Review*, vol. 83, 2017, pp. 55-110, p. 56. *Vid.*, también, Nancy POLIKOFF, «The child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other non-traditional families», *The Georgetown Law Journal*, vol. 78/3, 1990, pp. 459-575, p. 464.

²⁵⁹ *Vid.*, entre otras, Pamela LAUFER-UKÉLES y Ayelet BLECHER-PRIGAT, *op. cit.*; Katharine T BARTLETT, «Re-Thinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed», *Virginia Law Review*, vol. 70/5, 1984, pp. 879-963; Judith MASSON, «Parenting by being; Parenting by Doing - In Search of Principles for Founding Families», en JR SPENCER, Antje DU BOIS-PEDAIN, (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart, 2006, pp. 131-155 y Melissa MURRAY, «The Networked Family: Reframing the

ejercicio de ciertas funciones, es decir, el desarrollo de tareas de cuidado y no el vínculo genético o legal, el que convierte a una persona en una figura parental para un menor. De esta manera, la parentalidad no debería basarse en un estatus, sino que se debería tener en cuenta cada situación particular e identificar quien mantiene relaciones de cuidado significativas²⁶⁰. En definitiva, se argumenta que este vínculo parental relevante es creado a través del cuidado y el contacto cotidiano. Estas actividades o funciones pueden asumirse de manera voluntaria, por lo que parentalidad funcional y parentalidad intencional son perfectamente compatibles²⁶¹.

La parentalidad funcional no se restringe al plano teórico en muchos países anglosajones, sino que, en mayor o menor medida, diversos ordenamientos cuentan con conceptos de parentalidad de este tipo. Por ejemplo, en Estados Unidos, la mayoría de estados protegen legislativa o jurisprudencialmente algún tipo de parentalidad funcional²⁶². Con diferente terminología, los estados utilizan doctrinas de *equitable parentage* o *in loco parentis* para reconocer y dotar de ciertos efectos a estas relaciones entre menores y adultos distintos de sus progenitores legales²⁶³. Por ejemplo, entre las normas de derecho uniforme

Legal Understanding of Caregiving and Caregivers», *Virginia Law Review*, vol. 94, 2008, p. 385-455.

²⁶⁰ Jonathan HERRING, *Caring and the law*, *op. cit.*, p. 187, 199. Por ejemplo, Katherine BARTLETT propone que debería reconocerse como progenitor a todo aquel que (a) haya tenido la guarda del menor durante al menos seis meses; (b) sea considerado como tal por el menor; y (c) haya empezado su relación con el menor con el apoyo y el consentimiento del progenitor legal: Katharine T BARTLETT, *op. cit.*, p. 946 y ss.

²⁶¹ Por parentalidad intencional se entiende aquella basada en la voluntad. Guillaume KESSLER, «The Parentage Disruption: A Comparative Approach», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33/3, diciembre 2019, pp. 316-336, p. 324; Haim ABRAHAM, «A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents», *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 25/4, 2017, pp. 405-444, p. 413.

²⁶² Courtney G. JOSLIN, «De Facto Parentage and the Modern Family», *Family Advocate*, vol. 40/4, 2018, pp. 1-7, p. 1; Guillaume KESSLER, *op. cit.*, p. 323. Este último autor señala que la doctrina del parentesco funcional es especialmente relevante y utilizada en el derecho californiano.

²⁶³ Margaret M. MAHONEY, «Stepparents as Third Parties...», *op. cit.*, p. 100. «Equitable estoppel is a functional doctrine, looking to the functions that a parent performs vis-à-vis a child in order to establish parentage for some legal purpose

estadounidenses, la *Uniform Parentage Act* de 2017 (de ahora en adelante, UPA 2017) contiene una presunción de parentalidad «*holding out*» [sec. 204(a)(2)], que requiere que el progenitor funcional haya vivido con el menor desde su nacimiento y se haya comportado públicamente como su progenitor; así como también una acción de reclamación de la filiación para los *de facto parents* (sec. 609). La *Uniform Non-parent Custody and Visitation Act* (de ahora en adelante, UNCVA) también contiene una previsión referida al «*consistent caregivers*» [sec. 4(b)], un tercero no progenitor a quien otorga derechos de contacto y relaciones con base en su asunción previa de funciones parentales de cuidado. Por otro lado, en el *restatement of the law* del *American Law Institute* (de ahora en adelante, ALI) «*Children and the Law*» se reconoce la posibilidad de obtener responsabilidades parentales a los *de facto parents*²⁶⁴. Las figuras de parentalidad funcional también han sido reconocidas por el ALI en sus *Principles on Family Dissolution: Analysis and Recommendations*. La sec. 2.03 contiene las definiciones de *parent by estoppel* y de *de facto parent*; figuras que pueden obtener, en determinados casos, ciertas responsabilidades parentales (sec. 2.18) y una obligación de mantenimiento económico del menor (sec. 3.03).

Aunque con diferencias en su concreción, a grandes rasgos, todas estas doctrinas y normas requieren que se den cuatro elementos en esta relación para que pueda considerarse de parentalidad funcional a efectos jurídicos: (a) que el adulto hubiera asumido responsabilidades parentales importantes respecto al cuidado, educación, crianza y mantenimiento del menor sin la expectativa de una retribución a cambio²⁶⁵; (b) que este y el menor hubieran convivido en el mismo hogar; (c) durante un

(custody, child support, inheritance)»: D. Kelly WEISBERG, *Modern family law: cases and materials*, 7, New York, Wolters Kluwer, 2020, p. 796.

²⁶⁴ ALI, *Restatement of Children and the Law* § 1.82, Tentative Draft No. 2, 2019.

²⁶⁵ De acuerdo con el ALI, las funciones parentales incluyen: «(a) *providing economic support*; (b) *participating in decisionmaking regarding the child's welfare*; (c) *maintaining or improving the family residence, including yard work, and house cleaning*; (d) *doing and arranging for financial planning and organization, car repair and maintenance, food and clothing purchases, laundry and dry cleaning, and other tasks supporting the consumption and savings needs of the household*; (e) *performing any other functions that are customarily performed by a parent or guardian and that are important to a child's welfare and development.*»: ALI, *Restatement of Children and the Law*, § 1.82 (Tentative Draft No. 2, 2019), p. 71.

período de tiempo lo suficientemente largo como para generar una relación de dependencia de naturaleza parental; y (d) que el progenitor legal hubiera consentido y promovido la relación entre el menor y el adulto que pretende su reconocimiento como *equitable parent*²⁶⁶.

2.2. El enfoque funcional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del TEDH en relación con la existencia de una relación parental también ha sido considerada un ejemplo de aplicación de un enfoque funcional²⁶⁷. Es doctrina reiterada del tribunal que el mero lazo biológico no permite establecer la existencia de vida familiar en este sentido²⁶⁸. Así, en general, es necesario también que medie convivencia entre el menor y su progenitor, si bien otras circunstancias pueden excepcionalmente demostrar que existen lazos familiares lo suficientemente estables²⁶⁹.

Sin embargo, también puede existir vida familiar en los casos en que no media un vínculo biológico entre adulto y menor, ni se ha producido un

²⁶⁶ Courtney G. JOSLIN, «De Facto Parentage and the Modern Family», *op. cit.*, p. 2. Nótese que a este test de *equitable parent* más tradicional originado en la decisión del Tribunal Supremo de Wisconsin en *In re Custody of H.S.H.-K.* 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995), los conceptos más actuales, como la definición de *de facto parent* de la sec. 609 UPA 2017, añaden la consideración del interés superior del menor.

²⁶⁷ Claire FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 224.

²⁶⁸ *L. c. Países Bajos*, STEDH (Sección 2ª), de 1 de septiembre de 2004 (núm. de rec. 45582/99), párs. 37-40. En el caso, el Tribunal consideró que se había producido una violación del art. 8 CEDH al denegar un régimen de relaciones al padre biológico que, a pesar de no haber procedido a determinar su paternidad respecto de la menor, había convivido con esta y la madre y actuado como una figura parental hasta la ruptura de la relación con esta última.

²⁶⁹ *Kroon y otros c. Países Bajos*, pár. 30; *Katsikeros c. Grecia*, STEDH (Sección 1ª) de 21 de julio de 2022 (núm. de rec. 2303/19), pár. 43. Una de estas circunstancias alternativas es el «compromiso» con la familia, que el tribunal entiende acreditado cuando este se ha formalizado mediante matrimonio o una relación de análoga afectividad con la madre: Claire FENTON-GLYNN, *op. cit.*, pp. 222-224, con cita a *Berrehab c. Países Bajos*, STEDH, de 21 de junio de 1988 (núm. de rec. 10730/84); y *Keegan c. Irlanda*, respectivamente. La otra, una voluntad probada de establecer legalmente dicha relación, cuya imposibilidad no debe ser imputable al que pretende ser reconocido como progenitor: *Ibid.*, pp. 230-231.

reconocimiento legal de la relación parental²⁷⁰. En estos supuestos, el TEDH exige la acreditación de una relación de afecto con el menor con una mayor entidad, teniendo en cuenta la cantidad de tiempo compartida, la calidad de la relación y el rol ejercido por el adulto respecto del menor²⁷¹. De acuerdo con esta doctrina, el TEDH ha reconocido la existencia de vida familiar entre un menor y sus acogedores en casos como *Moretti y Benedetti c. Italia* o *Kopf y Liberda c. Austria*²⁷². En ambos casos, los menores fueron acogidos a edades tempranas (1 mes y 2 años, respectivamente) durante un periodo considerable de tiempo (19 y 46 meses, respectivamente), lo que dio lugar a la integración de los menores en las respectivas familias y a que se desarrollaran relaciones afectivas significativas.

2.3. El *child of the family/marriage* en el derecho de Inglaterra y Gales y Canadá

El derecho inglés-galés también cuenta con cierto reconocimiento de parentalidad funcional: el concepto de *child of the family*²⁷³. La *Children Act* 1989²⁷⁴ define en su sec. 105 (1) qué debe entenderse por *child of the family* a efectos de interpretación de la ley²⁷⁵. La definición es ciertamente redundante: se trata del menor que ha sido tratado por dos cónyuges o

²⁷⁰ En estos casos, la existencia de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho: *Marckx c. Bélgica*, pár. 31.

²⁷¹ *Paradiso y Campanelli c. Italia*, STEDH de 24 de enero de 2017 (núm de rec. 25358/12), pár. 151. *Vid.*, también, Claire FENTON-GLYNN, *op. cit.*, pp. 225-226 y 231.

²⁷² *Moretti y Benedetti c. Italia*, STEDH (Sección 2ª) de 27 de abril de 2010 (núm. de rec. 16318/07), pár. 48; y *Kopf y Liberda c. Austria*, STEDH de 17 de enero de 2012 (núm. de rec. 1598/06), pár. 37.

²⁷³ Este concepto comienza a aparecer en la jurisprudencia inglés-galesa en los años sesenta del siglo pasado, en decisiones como *Callor v. Callor* de 1968, en la que se considera un *child of the family* al hijo de la esposa de un hombre que se casó con esta estando embarazada, sabiendo que no se trataba de su hijo biológico. Laure LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Paris, LGDJ, 2013, p. 273.

²⁷⁴ De ahora en adelante, CA 1989.

²⁷⁵ También incorporan una definición análoga de este concepto otras normas del ordenamiento inglés-galés como la *Matrimonial Causes Act* 1973 (de ahora en adelante, MCA 1973), la *Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act* 1978 (de ahora en adelante, DPMC 1978) y la *Civil Partnership Act* 2004 (de ahora en adelante, CPA 2004).

dos miembros de una pareja registrada como un hijo o hija²⁷⁶. Para apreciar dicha condición, la jurisprudencia requiere que la situación familiar sea sometida a un test objetivo que demuestre que un observador externo consideraría que el menor está siendo tratado como un miembro de la familia, de acuerdo con las acciones del adulto afín e independientemente de sus intenciones o creencias²⁷⁷.

También en Canadá, el derecho federal contiene un concepto de parentalidad funcional²⁷⁸. La sec. 2(2) de la *Divorce Act* define el concepto *child of the marriage* como aquel respecto del cual uno o ambos cónyuges se sitúen en el lugar de un progenitor (*stand in the place of parents*). Es la intención de este progenitor funcional de asumir las responsabilidades parentales, que no tiene por qué expresarse explícitamente, sino que puede simplemente inferirse de sus acciones, lo relevante para determinar si este ocupa el lugar de un progenitor. De esta manera doctrina y jurisprudencia consideran que es el adulto quien toma la decisión de convertirse en una figura parental aunque sea

²⁷⁶ A pesar de esta indeterminación o margen para la discreción judicial, un requisito que sí que es claro es el de que la pareja de adultos se encuentre formalizada mediante matrimonio o *civil partnership*: Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *Family law: text, cases, and materials*, 3a, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 375. La convivencia no institucionalizada no puede dar lugar a este estatus, incluso aunque el adulto afín ostente responsabilidades parentales (una posibilidad que prevé el derecho inglés-galés, tal y como analizo en el capítulo IV *infra*): J v J (*A Minor*) (*Property Transfer*) [1993] 2 FLR 56. En el caso, una pareja no casada había iniciado una convivencia de 10 años cuando la hija de la mujer tan solo tenía 6 meses, a pesar de la cual se negó la posibilidad de aplicar el concepto de parentalidad funcional. Este criterio fue posteriormente confirmado en la decisión T v B [2010] EWHC 1444 (Fam).
²⁷⁷ Por ejemplo, en el caso D v D (*Child of the Family*) (1981) 2 FLR 93, el menor vivía con sus abuelos y visitaba a la madre y su pareja unos 50 o 60 días al año. El tribunal consideró que el menor no podía ser considerado un *child of the family* en la familia de su madre y su pareja. Por el contrario, en Re A (*Child of the Family*) [1998] 1 FLR 347 el nieto del causante fue considerado como «*child of the family*», en tanto que los abuelos habían asumido las principales responsabilidades parentales, tanto de cuidado como económicas, sobre este, quien además se refería a ellos como mamá y papá. *Vid.* Jonathan HERRING, *Family law, op. cit.*, p. 383; y Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 274.

²⁷⁸ Especialmente a efectos de hacer responsable al progenitor funcional de una obligación de alimentos post ruptura a partir de la decisión del Tribunal Supremo de Canadá *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242, (1998) 43 R.F.L. (4th) 1. Esta cuestión se abordará en profundidad en el subapartado 3.2.3. del capítulo IV *infra*.

implícitamente²⁷⁹. Otros factores que pueden tenerse en cuenta para valorar si, efectivamente, se está ante un *child of the marriage* son si el hijo no común actúa en el seno de la familia como lo haría un hijo común, la opinión del menor²⁸⁰, si el adulto se hace cargo de los gastos del menor; si se presenta a terceros como progenitor (explícita o implícitamente), la naturaleza o existencia de la relación del menor con su progenitor legal no residente (si este está muy presente en la vida del menor se interpreta que es más difícil que, *de facto*, el adulto afín asuma una posición parental), o la actitud post-ruptura del adulto afín respecto a la continuidad de la relación afectiva.

2.4. La socioafectividad en el contexto jurídico latinoamericano

Más allá del contexto anglosajón y con especial incidencia en algunos países latinoamericanos, en la actualidad el concepto de «socioafectividad» propugna la idea de la construcción del vínculo jurídico familiar con base en el afecto y la solidaridad recíproca²⁸¹. Así, de acuerdo con este concepto, la parentalidad se fundaría también en la voluntad de comportarse como un progenitor y en la efectiva asunción de sus funciones, propiciada por la existencia de un afecto recíproco²⁸².

²⁷⁹ Dominique GOBAU, «Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire», en Hugues FULGIRON, (ed.), *Les solidarités entre générations / Solidarity between generations*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 163-175, p. 171.

²⁸⁰ Aunque la opinión del menor respecto si el adulto afín había supuesto o no una figura parental debe ser tenida en cuenta, ésta no puede ser asumida acríticamente. Por un lado, en casos de corta edad del menor, en los que puede ser difícil interpretarla. Y, por otro, en casos en los que, en edades más avanzadas, el menor rechace la figura del adulto afín a pesar de que este esté ejerciendo funciones parentales, especialmente, la de manutención (*Chartier*, para. 38).

²⁸¹ Paulo LÓBO, «Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro», *RJLB*, vol. 1/1, 2015, pp. 1743-1759, p. 1748; María Berenice DIAS, «Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 21-29, pp. 22-23.

²⁸² Esta parentalidad no tiene por qué excluir o sustituir a la fundada en la biología, sino que ambos tipos pueden coexistir: María Amalia BLANDINO GARRIDO, «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.),

El origen del sentido actual del término radica en el derecho brasileño²⁸³, donde, a pesar de no existir una previsión legal específica, se ha entendido la socioafectividad como un título de determinación de la filiación en virtud del art. 1593 de su Código civil²⁸⁴. De acuerdo con este precepto, el parentesco puede ser de dos orígenes: consanguíneo y civil²⁸⁵. El primero es consecuencia de los vínculos biológicos, mientras que el civil puede derivarse de presunciones, de la adopción y de la socioafectividad²⁸⁶. En tanto que no existen criterios objetivos para establecer una relación de filiación basada en la socioafectividad en derecho brasileño, esta sólo podrá darse de manera casuística, siempre que se verifique que existe un trato paterno-filial entre progenitor e hijo o hija y que este es públicamente exteriorizado²⁸⁷.

En Argentina, también se ha reconocido jurisprudencialmente la socioafectividad dentro de lo que el Derecho argentino denomina «identidad en sentido dinámico»²⁸⁸. Por otra parte, el ordenamiento jurídico cubano ha reconocido explícitamente la socioafectividad. El art. 81 de la Constitución de Cuba de 2019 declara que las familias «se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva». Su desarrollo legislativo se encuentra en el art. 21 («Parentesco socioafectivo») del Código de las Familias cubano (de ahora en adelante,

Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 31-51, p. 34. En opinión de esta autora, el afecto relevante sería el que se da entre menor y el progenitor socioafectivo, con independencia de la relación que entre este último y el progenitor legal se dé. *Ibid.*, p. 44.

²⁸³ Paulo LÓBO, *op. cit.*, p. 1748; Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 197-222, p. 202.

²⁸⁴ *Vid.* Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 23.

²⁸⁵ «O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem».

²⁸⁶ Gabriela MASCARENHAS LASMAR y Manoel António SILVA MACÉDO, «Pluriparentalidad: implicaciones, reflexiones y desafíos para el pensamiento jurídico contemporáneo brasileño», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 161-181, p. 163.

²⁸⁷ Gabriela MASCARENHAS LASMAR y Manoel António SILVA MACÉDO, *op. cit.* 169-170.

²⁸⁸ Agustina BLADILO, «Familias pluriparentales en la argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», *RJUAM*, vol. 38/II, 2018, pp. 135-158, p. 141.

CFC). Este es definido como aquel que «se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo, que pueda justificar una filiación»²⁸⁹.

2.5. La funcionalidad/ socioafectividad en la relación afín

No habiendo una relación genética con el hijo o hija de su pareja, ni una voluntad procreacional, la relación familiar (que puede llegar a ser parental o pseudo parental) entre este y el adulto afín solo puede darse sobre una base funcional o socioafectiva. De esta manera, las propuestas de regulación de la relación jurídica entre menor y adulto afín que expondré en el resto del trabajo partirán desde la premisa de que es el cuidado y la interdependencia la que legitimará su reconocimiento y protección con diferentes intensidades en función, precisamente, del grado del compromiso de cuidado que se asuma.

Sin duda, estas concepciones funcionales o socioafectivas de la parentalidad guardan ciertas similitudes con el concepto de la «posesión de estado» del CC²⁹⁰. Teniendo en cuenta las limitadas funciones de la posesión de estado en nuestro ordenamiento²⁹¹, se aprecia una

²⁸⁹ María Amalia BLANDINO GARRIDO, *op. cit.*, p. 33.

²⁹⁰ Como es de sobra conocido, la posesión de estado requiere de *nomen, tractatus y fama*, si bien el primero de estos requisitos ha venido flexibilizándose por la jurisprudencia [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 267/2018 de 9 de mayo, MP: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu (ECLI:ES:TS:2018:1617)]. Así, «[e]s preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación»: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 45/2022, de 27 de enero, MP: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2022:243). «La posesión de estado es un criterio que se nos antoja clave para admitir un reconocimiento a la filiación socioafectiva»: Gloria DÍAZ PARDO, «Multiparentalidad versus filiaciones contradictorias», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 261-277, p. 271. En un sentido similar, pero refiriéndose a la posesión de estado en el ordenamiento jurídico francés (art. 331-1 CCF), Laure LESTIENNE-SAUVE lo compara con el concepto *child of the family* del derecho inglés-galés: *op. cit.*, p. 273.

²⁹¹ BARBER CÁRCAMO la reduce a la de medio de prueba en los procesos de determinación de la filiación: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La Filiación en España: una visión crítica*, Pamplona, Thomson Reuter Aranzadi, 2013, p. 119.

tendencia en la comunidad jurídica española que aboga por desarrollar una parentalidad social o de intención que pudiera coexistir con aquella basada en la verdad biológica²⁹². Un sistema de filiación que admitiera este fundamento y lo diferenciara claramente del biológico permitiría, entre otras cosas, poner fin a la problemática que suscitan los reconocimientos de complacencia respecto de su posible impugnación posterior por falta de correspondencia con la realidad biológica²⁹³.

3. Desagregación de la figura parental

Si se admite la parentalidad funcional como fundamento para el establecimiento de una relación «parental», resulta imprescindible analizar sus efectos.

Los conceptos de parentalidad funcional o socioafectiva reseñados tienen distintas consecuencias en cada ordenamiento o sistema en el que se encuadran. En primer lugar, algunos instrumentos consideran la asunción de funciones parentales o la socioafectividad como título para atribuir la filiación o la consideración de progenitor legal²⁹⁴. En segundo lugar, otros equiparan al progenitor funcional con el legal solo en relación con determinados efectos²⁹⁵. Por último, otros simplemente

²⁹² Rafael VERDERA SERVER, «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, vol. 30, 2016, pp. 75-126, p. 115; Esther FARNÓS AMORÓS, «Perspectives de futur i noves formes de parentalitat», en Institut DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019, pp. 253-286; Silvia TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*, vol. 6, 2013, pp. 261-316; María Amalia BLANDINO GARRIDO, *op. cit.*, p. 33; Josep FERRER RIBA, «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 105/3, 2006, pp. 729-756, p. 756.

²⁹³ María Amalia BLANDINO GARRIDO, *op. cit.* 37. *Vid.*, también, n. 149 *supra*.

²⁹⁴ Así es, por ejemplo, en el caso de la presunción *holding out* y de la acción de reclamación del *de facto parent* de la UPA 2017; así como del concepto de socioafectividad aplicado jurisprudencialmente en Brasil o prevista legalmente en Cuba.

²⁹⁵ Es el caso, por ejemplo, del concepto de *parent by estoppel* de los ALI *Principles on Family Dissolution* o de los conceptos de *child of the family/marriage* en derecho inglés-galés y federal canadiense, respectivamente, que únicamente otorgan la posición de

otorgan al adulto que ha asumido funciones parentales un estatus de tercero cualificado en relación con el menor²⁹⁶.

Flexibilizar el acceso al estatus del progenitor ampliando e incluyendo la socioafectividad como título de determinación de la filiación, como ocurre en el primer grupo de casos, es necesario en las sociedades actuales. Para ello, el umbral de identificación de esta relación se torna elevado y estricto: los criterios de identificación del derecho comparado que se han visto en el subapartado anterior o nuestro propio concepto de posesión de estado requieren que se asuma un rol prácticamente idéntico al del progenitor legal. Así, adoptar exclusivamente una estrategia de flexibilización del estatuto parental plantea una configuración de «todo o nada» que puede comportar que todas las figuras que se involucran en la crianza del menor, pero no de manera idéntica a cómo lo haría un progenitor, queden fuera de todo reconocimiento.

Desagregar las funciones parentales puede ser una buena opción para precisamente reconocer a aquellos adultos que se encuentran en el espacio entre no asumir ninguna función parental y asumirlas todas. En este sentido, es útil la conocida distinción propuesta por Andrew BAINHAIM entre parentesco genético/biológico (*parentage*), filiación (*parenthood*) y parentalidad (*parental responsibilities*). Es decir, entre haber contribuido a la concepción, ser legalmente progenitor de una criatura y ejercer responsabilidades parentales²⁹⁷.

Tal y como su nombre indica, el parentesco genético tiene que ver con los orígenes genéticos y biológicos de una persona. Se trata de una cuestión más objetivamente verificable, que tiene que ver con la verdad

progenitor en relación con ciertos derechos y obligaciones en casos de crisis familiar y/o muerte.

²⁹⁶ En este grupo se encuadraría la regulación de la UNCVA y los *de facto parents* de los ALI *Principles on Family Dissolution*, que pueden tener acceso a un menor en situaciones más restrictivas que si de un progenitor legal (o por *estoppel*) se tratara.

²⁹⁷ Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive, Yet Important Distinctions», en *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, 1999, pp. 25-46.

biológica (se tiene este vínculo genético o biológico o no²⁹⁸), pero no tiene por qué comportar más efectos que los declarativos. La filiación, ser progenitor, en cambio, es un estatus legal. Aunque tiene vocación de permanencia, puede no ser permanente y, a pesar de que tradicionalmente se presume que existe un vínculo genético que la fundamenta, este no tiene por qué existir. Su principal consecuencia es la de introducir al hijo o la hija en el sistema familiar y dotarlo de una relación de parentesco con toda la familia del progenitor. Por último, las responsabilidades parentales hacen referencia a un rol funcional, consistente en cuidar y atender las necesidades del menor. Estas, a diferencia de la parentalidad, se extinguen al alcanzar este la mayoría de edad. Adicionalmente, si se quiere ir más allá de la distinción de BAINHAM, también pueden desagregarse las responsabilidades parentales. Estas comprenden una gran diversidad de funciones de distinta naturaleza, que no todas las figuras «parentales» tienen por qué asumir en su totalidad²⁹⁹.

Las normas de filiación se basan, en principio, en la existencia de un parentesco genético y de la filiación se deriva automáticamente la atribución de responsabilidades parentales³⁰⁰. Socialmente, sin embargo, estas tres condiciones, e incluso todo el conjunto de responsabilidades parentales, no tienen por qué recaer simultáneamente en la misma persona³⁰¹. Una manera de que el derecho de familia se adapte mejor a la sociedad actual es, entonces, poder desagregar del estatuto global de «progenitor» en estas tres, o más, facetas diferenciadas³⁰². De esta

²⁹⁸ Esto no significa que solo dos personas puedan tenerlo, sino que es necesario tener en cuenta la posible diferencia entre el aspecto genético y biológico, especialmente en relación con la gestación; *Ibid.*, p. 26.

²⁹⁹ Melanie B. JACOBS, «Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents», *Journal of Law & Family Studies*, vol. 9, 2007, pp. 309-340, p. 312.

³⁰⁰ Si bien con algunas excepciones que señalo a continuación.

³⁰¹ Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive, Yet Important Distinctions», *op. cit.*, p. 31. Tampoco tienen por qué hacerlo legalmente, si bien es indudable que esta es la regla general en la que se basa el derecho de familia, a pesar de su progresiva flexibilización.

³⁰² *Ibid.*, p. 27. SCHERPE adopta esta propuesta de BAINHAM con la intención de que los ordenamientos jurídicos puedan responder adecuadamente a las relaciones familiares modernas reconociendo los diversos intereses relacionales que tienen los

manera, se reconocería que cada una de ellas supone un aspecto y un aporte diferenciado de lo que comúnmente se entiende que es ser progenitor y, a la vez, se permitiría que terceras personas vieran reconocida su (diferente) relación con un mismo menor.

Aunque estos no sean conceptos que actualmente nuestro ordenamiento jurídico distinga con claridad, puede apreciarse alguna pequeña muestra de desagregación en determinadas situaciones³⁰³. Por un lado, aunque en nuestro ordenamiento el principio de correspondencia biológica siga imperando en las normas de determinación de la filiación, no lo hace de manera absoluta y sí prevé una posible falta de correspondencia entre *parentage* y *parenthood*³⁰⁴. Por otro, en ocasiones la relación de filiación (*parenthood*) no va acompañada de responsabilidades parentales³⁰⁵. Por último, también se aprecia cierta desagregación dentro de las responsabilidades parentales³⁰⁶.

menores: Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», en Gillian DOUGLAS, Mervyn MURCH, Victoria STEPHENS, (eds.), *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2018, pp. 344-358, pp. 350-351.

³⁰³ Como señala SCHERPE: «even in “normal” cases the distinction can be very useful and help to clarify the social and legal relations between adults and children» Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», *op. cit.*, p. 351.

³⁰⁴ El supuesto más claro y evidente es el de la filiación adoptiva que, por definición, establece una filiación no biológica. Pero, además, el art. 180.4 CC permite la determinación de la filiación por naturaleza de una persona adoptada sin que esto afecte a la validez de la adopción: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Matilde CUENA CASAS, (eds.), *Tratado de derecho de la familia, vol. 5, Las relaciones paterno filiales (I)*, Madrid, Aranzadi, 2017, pp. 619-758, p. 739. También es muestra de esta disociación entre *parentage* y *parenthood* la exoneración de cualquier efecto filiatorio a los donantes de gametos en la concepción mediante TRHA heterólogas (art. 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, de 27.05.2006; de ahora en adelante, LTRHA).

³⁰⁵ Así, puede establecerse la filiación con efectos limitados (arts. 111 CC; 235-14 CCCat; 61 CDFa; y Ley 52 FNN); *vid.* Esther FARNÓS AMORÓS, «Biology-Based Systems of Parentage and Safety Valves Protecting Social Parenting», en Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, Aida TORRES PÉREZ, (eds.), *The right to family life in the European Union*, New York, Routledge, 2017, pp. 115-130, p. 124. Un progenitor legal también puede ser privado de responsabilidad parental (arts. 170 CC; 236-6 CCCat; art. 90 CDFa; y Ley 75 FNN).

³⁰⁶ Los ejemplos más claros son los del art. 236-14 CCCat y el hecho de que la autoridad familiar ejercida por terceros de acuerdo con el CDFa excluya la administración de los bienes del menor y su representación (*vid.* subapartado 4.2.2.

4. Multiparentalidad: una realidad en el derecho comparado

La desagregación de las diferentes funciones parentales, acompañada de un fundamento funcional o social para su atribución, comporta la posibilidad de que existan más de dos figuras parentales o pseudo parentales para un menor. Como señala LAUROBA, en las familias reconstituidas y en relación con el papel del adulto afín, se ha producido un «giro copernicano»: «este ya no es sucesivo, sino coetáneo con el progenitor biológico»³⁰⁷.

De esta manera, si se considera que la parentalidad funcional o socioafectiva no tiene por qué desplazar a la biológica o legal, puede darse una situación de multiparentalidad³⁰⁸. La admisión de esta posibilidad en el terreno jurídico aumentaría la capacidad del ordenamiento de ofrecer un reflejo más preciso de la realidad social, tanto de las familias reconstituidas como de otras tipologías familiares³⁰⁹.

Ahora bien, es preciso distinguir dos conceptos en relación con la multiparentalidad³¹⁰; es decir, con la posibilidad de que más de dos

supra). Pero también podríamos entender dentro de esta tipología la regulación de las personas allegadas (art. 160.2 CC) o la posibilidad de que la autoridad judicial otorgue la guarda de un menor a terceros (art. 103.1º CC).

³⁰⁷ María Elena LAUROBA LACASA, «Familias recompuestas y pluralidad de guardadores», *op cit*, p. 69.

³⁰⁸ Melanie B. JACOBS, *op. cit.*, p. 312. José Manuel DE PAÚL VELASCO, *op. cit.*, p. 19: «La tesis de que la posición del padre o la madre es única y solo puede ser asumida por un progenitor funcional en defecto del correspondiente progenitor biológico no es más que una petición de principio (porque da por sentada, sin justificarla, la premisa de esa unicidad) y un desconocimiento de la realidad social, en el que acaso pueda latir un prejuicio de raíz ideológica, vinculado a una concepción tradicional de la familia».

³⁰⁹ Se expresa en este sentido, en relación con la filiación derivada de TRHA, Esther FARNÓS AMORÓS, «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 95-117, p. 112.

³¹⁰ Utilizo el término multiparentalidad si bien la literatura jurídica utiliza indistintamente este y el de «pluriparentalidad».

personas ocupen posiciones parentales respecto de un menor³¹¹. Por un lado, podría darse la concurrencia de varias personas en una diversidad de posiciones parentales respecto de un menor. Es decir, por ejemplo, que un menor cuente con dos progenitores legales y con otro adulto que tenga atribuidas algunas o todas las responsabilidades parentales³¹². Por el otro, puede darse una multiplicidad de figuras parentales en una misma posición parental. Es decir, por ejemplo, que un menor tenga tres progenitores legales determinados³¹³.

La multiparentalidad como posibilidad jurídica cuenta con un recorrido teórico notable. Por ejemplo, SCHERPE aboga por romper el paradigma de dos padres en aquellas situaciones sociales para las que el paradigma de la biparentalidad es inadecuado (entre ellas, las familias reconstituidas en las que el adulto afín se involucra en la crianza)³¹⁴. También utiliza la expresión «*splitting a parent*» para referirse a la multiplicidad de funciones parentales y la posibilidad de una pluriparentalidad³¹⁵. Por otro lado, LAUFER-UKELES y BLECHER-PRIGAT proponen un estatus para el adulto que tiene un rol parental funcional diferenciado del estatuto parental derivado de la filiación y así dar un tratamiento adecuado a cada relación en función de su estabilidad y predictibilidad³¹⁶. JACOBS propone, además de flexibilizar los fundamentos para la determinación de la filiación, reconocer figuras pseudo parentales que asisten en la

³¹¹ Esta distinción se basa en la propuesta por FERRER RIBA, que a la vez importa de la doctrina alemana, [Tobias HELMS, «Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht», en Katharina HILBIG-LUGANI, Peter M HUBER, (eds.), *Moderne Familienformen: Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2019, pp. 125-128.] consistente en «pluriparentalidad estricta» («extender la condición legal de padre o madre de un hijo a más de dos personas al mismo tiempo») y «pluriparentalidad en sentido lato» («reconocer [...] un número plural de posiciones que puedan ser consideradas parentales, aunque tengan fundamento, características y transcendencia diversa»): Josep FERRER RIBA, «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Revista de Derecho de Familia*, vol. 85, 2018, pp. 163-177, pp. 164-165.

³¹² Estas opciones se desarrollan en los capítulos III y IV, respectivamente.

³¹³ Esta será la opción desarrollada en el capítulo V.

³¹⁴ Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law. European family law, Volume IV*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 108.

³¹⁵ Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», *op. cit.*, p. 350

³¹⁶ Pamela LAUFER-UKELES y Ayelet BLECHER-PRIGAT, *op. cit.*, p. 426.

crianza³¹⁷. De manera similar, HARVISON YOUNG propone reconocer un «núcleo parental» que tenga asignadas todas las responsabilidades asociadas a ser progenitor y, a la vez, una multiplicidad de figuras accesorias que tengan relevancia en la vida del menor³¹⁸.

Si se asume la existencia de multiplicidad de funciones parentales y la relevancia del elemento funcional para atribuir las jurídicamente, reconocer la multiparentalidad se vuelve ineludible si se pretende reflejar la familia social en el derecho. Aunque el reconocimiento de la multiparentalidad no es frecuente en el derecho comparado, tampoco es del todo desconocida. Un tipo de multiparentalidad bastante extendida es aquella en la que terceros asumen ciertas funciones típicamente asociadas con el estatuto parental. Por ejemplo, adultos diferentes de los progenitores pueden ser nombrados tutores o acogedores de menores en nuestro ordenamiento, pero también otros ordenamientos reconocen la posibilidad de que terceros asuman estas funciones a la vez y en adición a los progenitores. Sobre estos, me detengo con más profundidad en el capítulo IV.

Sin embargo, el concepto que más comúnmente se asocia al de multiparentalidad, el relativo a la filiación, también ha sido regulado o jurisprudencialmente admitido en algunos ordenamientos extranjeros. A continuación, presento brevemente algunos ejemplos de regulación de esta posibilidad. Entre ellos, pueden distinguirse, de una parte, los que regulan la «multiparentalidad *ex ante*», es decir, aquellos que permiten que más de dos personas acuerden concebir y criar un hijo o una hija conjuntamente. De la otra, los que prevén que multiparentalidad pueda ser sobrevenida. Así pues, que pueda surgir a lo largo de la vida del menor, como sucedería en el caso de las familias reconstituidas.

³¹⁷ Melanie B. JACOBS, *op. cit.*, p. 332 y ss.

³¹⁸ Alison HARVISON YOUNG, «Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family», *Journal of Gender & the Law*, vol. 6/3, 1998, p. 516 y ss.

4.1. Multiparentalidad *ex ante*: proyectos reproductivos colaborativos

4.1.1. Ontario y Columbia Británica (Canadá)

El sistema de derecho de familia actual de Ontario (Canadá) es flexible y abierto a la multiparentalidad. La decisión de 2 de enero 2007 de la *Court of Appeals* en el caso *A.A. v. B.B.* es conocida como el inicio y ejemplo más reconocido de ello³¹⁹. Se trata de la primera sentencia en la historia de la provincia y del país en declarar la existencia de tres progenitores legales para un mismo menor, a pesar de no existir en aquel momento previsión legal específica³²⁰.

³¹⁹ *A.A. v. B.B.*, 2007 ONCA 2 (CanLII). En este caso, una pareja de mujeres, A.A. y C.C., decidieron en 1999 recurrir a un amigo, B.B., para poder concebir a una criatura. Según este acuerdo tripartito, todos los adultos implicados en la concepción se involucrarían en la crianza del menor resultante. Así, en 2001, nació D.D. cuya filiación quedó determinada respecto de C.C., la madre gestante, y B.B., el padre biológico. Desde su nacimiento, habían sido ambas madres las cuidadoras principales de la criatura, pero, con el acuerdo de todos los implicados, B.B. también se había involucrado en su crianza. En este esquema familiar, en 2003, A.A. solicitó que le fuera reconocida judicialmente su maternidad. En su demanda, hizo constar que, junto con C.C., no habían solicitado la adopción de D.D. para evitar que, de acuerdo con la regulación de la adopción, este viera extinguido su vínculo de filiación respecto de B.B. El tribunal de instancia entendió que, a pesar de que el reconocimiento de un tercer progenitor sería en el mejor interés de D.D., la regulación del momento no le permitía hacer tal declaración; por lo que desestimó la acción. La *Court of Appeals* coincidió con el tribunal de instancia al considerar que la ley del momento no permitía la declaración de A.A. como madre. Sin embargo, a diferencia de este, consideró que más que una prohibición, se estaba ante una laguna en una regulación que en 1977 no había previsto que una familia como la de D.D. pudiera formarse (según explica el tribunal, el objetivo de la última reforma de la ley había sido el de la equiparación de los hijos no matrimoniales a los no matrimoniales; por lo que ni siquiera se consideró la posibilidad de que un hijo o hija tuviera dos madres, además de un padre). Tras la decisión de la *Court of Appeals*, el grupo conservador *Alliance for Marriage and Family*, que había intervenido en el procedimiento como parte interesada, solicitó la autorización al Tribunal Supremo de Canadá para plantear un recurso. Sin embargo, esta fue denegada en base a la consideración de que la asociación no tenía ningún interés específico en el resultado de la acción; *vid. Alliance for Marriage and Family v. A.A.*, 2007 SCC 40 (CanLII), [2007] 3 SCR 124.

³²⁰ Ante la susodicha laguna, el Tribunal utilizó su competencia *parens patriae*, tradicional del *common law* [*vid. https://www.law.cornell.edu/wex/parens_patriae (f.c.: 28.10.2022)*] con la que históricamente han contado los tribunales de las provincias canadienses de esta tradición jurídica para supervisar e intervenir en protección del

A.A. v. B.B. no supuso, sin embargo, un reconocimiento generalizado de la multiparentalidad en la provincia, por lo que hizo falta una reforma legislativa posterior para que pudieran reconocerse situaciones de multiparentalidad sin necesidad de someterse a un procedimiento judicial similar al de los protagonistas de este caso³²¹. La reforma de la ley vigente, la *Children's Law Reform Act* (de ahora en adelante, CLRA)³²², pues, se llevó a cabo en 2016 por la *Bill 28*, también conocida como la *All Families Are Equal Act* (de ahora en adelante, AFAEA)³²³. Esta ley

menor incluso en defecto de previsión legal que lo permita; Nicole LAVIOLETTE, «Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in *A.A. v. B.B.*», *The Canadian Bar Review*, vol. 86/3, 2008, pp. 665-689, p. 675. Ahora bien, a pesar de tratarse de una sentencia sin precedentes en materia de multiparentalidad, la decisión hace poca referencia a este hecho: el tribunal se limita a reconocer la importancia de determinar una segunda maternidad, como si únicamente se tratara de eso, en la línea de otros casos de comaternidad recientemente decididos en la provincia. Aun así, no hay duda de que el tribunal reconoció un estatus completo de madre a *A.A.*, con todos sus efectos, juntamente con los otros dos progenitores: Robert LECKEY, «One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33/3, 2019, pp. 298-315, p. 300.

³²¹ Nicole LAVIOLETTE, *op. cit.*, p. 678. Dave SNOW, «Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act», *Canadian Journal of Law & Society*, vol. 32/3, 2017, pp. 329-348, p. 300. En tanto que no supuso una declaración de inconstitucionalidad o de incompatibilidad de la ley con la Carta de Derechos y Libertades de Canadá (Parte I de la *Constitution Act* del país), la decisión no tuvo efectos generales sobre la población, sino que sólo podía servir de precedente a familias en idéntica posición a esta y, en todo caso, suponiendo el necesario recurso a una autoridad judicial para reconocer el estatus de un tercer progenitor: Nicole LAVIOLETTE, *op. cit.*, p. 667.

³²² *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12.

³²³ *All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment)*, 2016, S.O. 2016, c. 23 - Bill 28.

Esta iniciativa legislativa fue el resultado de una litigación estratégica iniciada con posterioridad a la decisión de *A.A. v. B.B.* con el objetivo de que finalmente el Gobierno acordara reformar su derecho de familia e incluir, entre otras cuestiones, el reconocimiento de la pluriparentalidad: la del caso *Grand v. Ontario 2016* (ONSC 3434). El argumento principal de los demandantes consistía en que la CLRA era contraria a la sec. 15 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense en tanto que no garantizaba el reconocimiento y la protección en igualdad de condiciones a todos los menores, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género de sus progenitores, así como el posible recurso de estos a TRHA o su composición familiar: Dave SNOW, *op. cit.*, p. 334. La cuestión no llegó a juzgarse ya que fue finalizada mediante acuerdo entre el gobierno y los recurrentes: Robert LECKEY, *op. cit.*, p. 301. El Fiscal General de Ontario reconoció que la legislación era contraria a la constitución y accedió a que el gobierno se comprometiera a introducir una nueva legislación que

modificó la CLRA para hacer el derecho de familia de Ontario más inclusivo para con las familias LGTBIQ+³²⁴. En lo que aquí interesa, la reforma amplió el alcance de los procedimientos administrativos de determinación de la filiación para así evitar que formas familiares diferentes a la familia nuclear heterosexual se vieran abocadas al reconocimiento judicial *ad hoc*³²⁵.

De esta manera, actualmente, la multiparentalidad, se encuentra regulada en la sec. 9 CRLA mediante el reconocimiento de los acuerdos de parentalidad preconcepción, los cuales permiten que jurídicamente un menor tenga más de dos progenitores³²⁶. Tal y como su nombre indica, estos acuerdos deben tener lugar con anterioridad a la concepción del menor y pueden celebrarse entre un máximo de 4 personas³²⁷. Cuando un menor ya tenga dos progenitores determinados, las personas que no hubieran participado en dicho acuerdo solo podrán ser consideradas progenitores una vez se haya producido el nacimiento del menor en unos supuestos muy restrictivos³²⁸. Así la ley actualmente no provee de ningún mecanismo para establecer una relación parental basada en la afectividad desarrollada con posterioridad a la concepción y al nacimiento. Las familias, en estas situaciones, no cuentan con más

incluyera, entre otras medidas la posibilidad de reconocer la pluriparentalidad administrativamente: Dave SNOW, *op. cit.*, p. 334.

³²⁴ Por ejemplo, la ley utiliza referencias neutrales en cuanto al género en lo referente a la filiación (utilizando el término «parents») y elimina toda referencia a conceptos como progenitores «naturales» y relaciones «consanguíneas»: Dave SNOW, *op. cit.*, p. 335.

³²⁵ Robert LECKEY, *op. cit.*, p. 299.

³²⁶ Las sec. 10 y 11 se refieren a la multiparentalidad en el contexto de la gestación subrogada. Por otro lado, la sec. 2(4) indica que las referencias hechas a los progenitores de un menor a lo largo de la ley deben entenderse hechas a todos ellos cuando el menor tenga más de dos progenitores

³²⁷ Entre ellas, necesariamente, la persona gestante y su pareja (aunque esta puede excluir su participación también por escrito) y la persona que proporciona el esperma si no es un donante. Hay quien considera este límite legal arbitrario: Natasha BAKHT y Linda M. COLLINS, «Are You My Mother? Parentage in a Nonconjugal Family», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 31/1, 2018, pp. 105-150, p. 135.

³²⁸ Únicamente podría reconocerse esta filiación *ex post* si se interpone una acción de filiación durante el primer año de vida de este contra todos los progenitores legalmente reconocidos y se puede acreditar que, con anterioridad a la concepción el solicitante tenía, conjuntamente con estos, la intención de criar al menor resultante, por un lado, y que, por otro, este nuevo vínculo de filiación redundaba en el interés superior del menor [sec. 13(4) y (5) CLRA].

recursos que la adopción tradicional, que no prevé la posibilidad de reconocer una filiación multiparental a un menor³²⁹.

De esta manera, la reforma introducida por la AFAEA dejó fuera el reconocimiento del cuidado *ex post*, al menos en lo que a establecimiento de la una relación de filiación se refiere³³⁰; obviando que muchas relaciones familiares, y muy especialmente las afines en las familias reconstituidas, pueden darse tiempo después del nacimiento de los menores³³¹.

Columbia Británica es otra de las provincias canadienses que han reconocido legalmente la posibilidad de formar una familia multiparental mediante acuerdos pre-concepción. La sec. 30 de la *Family Law Act* (de ahora en adelante, FLA 2013) permite, en el contexto de

³²⁹ Robert LECKEY, *op. cit.*, n. 21. Nótese que la sec. 217(2) de la *Child, Youth and Family Services Act 2017* establece que los efectos de la adopción son: (a) la integración del menor adoptado en la familia del adoptante; y (b) la extinción de los vínculos familiares previos del adoptado (con las excepciones habituales en el caso de la adopción por parte de la pareja del progenitor).

³³⁰ El problema radica no sólo en que la AFAEA únicamente prevea la multiparentalidad en acuerdos pre-concepción, sino que además entorpece, sino imposibilita, que los tribunales puedan recurrir a su competencia *parens patrie* basándose en una laguna del legislador debida a los cambios sociales y médico tecnológicos, como en el caso de *A.A. v. B.B.* y otros subsiguientes. Las sec. 13(4) y (5) de la CLRA prohíben una declaración de filiación en casos en que la intención de ser progenitor ha surgido con posterioridad al nacimiento, incluso si esto redundando en el interés superior del menor: Natasha BAKHT y Linda M. COLLINS, *op. cit.*, p. 134.

³³¹ Tal y como Natasha BAKHT y Linda M. COLLINS (*op. cit.*) ponen de manifiesto en el título del apartado III de su artículo: «*ALL FAMILIES ARE EQUAL* (*MAY NOT APPLY TO SOME FAMILIES)*». Su trabajo es especialmente interesante en tanto que expone y analiza la situación familiar de las autoras, que son amigas y compañeras de trabajo en la facultad de derecho de la universidad de Ottawa. En 2009, Bakht decidió ser madre soltera por elección mediante su inseminación con material genético donado. Collins se ofreció a ser su «*birth coach*» y, también como amiga, la acompañó durante todo el proceso del embarazo y el parto. La constatación de una discapacidad severa del menor recién nacido, Elaan, provocó, entre otras cosas, que Collins se involucrara de manera intensa y parental en su crianza al poco tiempo de este haber nacido, llegando incluso a mudarse a un apartamento en el mismo edificio que Bakht desde donde criar «*apart together*». Al no ser parientes ni pareja conyugal, Collins no podía acceder a la adopción de Elaan sin extinguir el vínculo de filiación entre este y Bakht. Así, ambas solicitaron judicialmente que Collins fuera reconocida como madre del menor y su demanda fue estimada. Ambas consideran que esto fue posible gracias a que su caso fue decidido tras la oleada de decisiones judiciales de flexibilización del derecho de familia de Ontario, pero poco antes de la aprobación y entrada en vigor de la AFAEA.

una futura concepción mediante TRHA, celebrar un acuerdo entre un progenitor o progenitores intencionales y la madre gestante, o entre la madre gestante, su pareja y un donante, según el cual las tres personas serán legalmente progenitores de la criatura resultante de la concepción³³². Aunque es potencialmente aplicable a cualquier tipo de configuración familiar que cuente con una composición de este tipo, esta norma fue pensada principalmente para regular familias formadas por parejas del mismo género y la persona gestante y/o donante de gametos³³³. Así pues, la FLA 2013 no solo se limita, como la AFAEA, a reconocer la multiparentalidad mediante acuerdos reproductivos, sino que además impone restricciones adicionales, como un límite de tres figuras parentales y el requisito que la concepción se produzca mediante TRHA³³⁴. Ahora bien, los tribunales han matizado este último requisito reconociendo multiparentalidad también en contextos de reproducción sexual³³⁵.

³³² La FLA 2013 fue la primera ley canadiense que reconoció la multiparentalidad, tras varios años de trabajos preparatorios y consultas públicas: Fiona KELLY, «Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting», *UBC Law Review*, vol. 47/2, 2014, pp. 565-596, pp. 566, 576. Rachel TRELOAR y Susan B. BOYD, «Family Law Reform in (Neoliberal) Context: British Columbia», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2014, pp. 77-99, p. 81.

³³³ Fiona KELLY, «Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act...», *op. cit.*, p. 567.

³³⁴ Requisitos que, para KELLY, además de no permitir el reconocimiento de muchos acuerdos que de facto se dan entre parejas de dos mujeres y de dos hombres que crían conjuntamente, tienen un efecto de «guetización» según el cual únicamente las familias LGTBIQ+ que necesitan recurrir a TRHA aspiran a formar familias multiparentales: *Ibid.*, pp. 582-587. Sin embargo, la FLA 2013 cuenta con una sec. 31 que proporcionaría cierta flexibilidad al sistema al permitir declaraciones judiciales de filiación en contextos de acuerdos reproductivos en que no se observaban todos los requisitos formales exigidos por la ley.

³³⁵ En el caso *British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815* (BCSC 767), un tribunal recurrió a su competencia *parens patriae* para declarar la multiparentalidad de un menor nacido mediante reproducción sexual sin que mediara entre los progenitores acuerdo ninguno con anterioridad a la concepción. En el caso, dos mujeres, Eliza y Olivia, y un hombre, Bill, formaban una relación poliamorosa que ellos mismos denominaban «triada». Bill y Eliza habían sido pareja con anterioridad a conocer y formar una triada con Olivia, por lo que planeaban desde hace tiempo tener un hijo juntos. En un inicio, ninguno de los tres sabía qué papel jugaría esta última en relación con el menor. Sin embargo, conforme el embarazo de Eliza fue avanzando, Olivia manifestó su deseo de convertirse en una segunda madre para la criatura, algo con lo

En cualquier caso, tanto en las decisiones judiciales como en las regulaciones de las provincias de Canadá que permiten la multiparentalidad, un factor decisivo para que esta pueda darse es que todos los adultos implicados estén de acuerdo en ello (ya sea mediante la formalización de un acuerdo pre-concepción o presentando conjuntamente una demanda judicial posterior) ya que este ambiente de cordialidad y cooperación se entiende que redundará en beneficio del menor.

4.1.2. La propuesta del comité de Países Bajos

Durante el proceso de reevaluación de la parentalidad llevado a cabo en Países Bajos la pasada década, surgió una propuesta para regular la multiparentalidad con anterioridad a la concepción³³⁶. Aunque esta ha

que tanto Eliza como Bill estuvieron de acuerdo. Así, por ejemplo, Oliva fue la primera persona en amamantar la criatura, quien la considera una madre más. En tanto que la concepción no se dio mediante TRHA, la pluriparentalidad de la sec. 30 FLA no resultó aplicable, sino que, de acuerdo con la sec. 26 FLA Eliza, que había dado a luz, fue registrada como madre y Bill, su pareja, como el padre. Además, no había existido un acuerdo previo a la concepción según el cual Olivia sería madre.

³³⁶ La actual regulación neerlandesa de la familia está pendiente de una posible reforma, propuesta como resultado de un largo proceso que se remonta a 2014. En ese año, en el marco de la tramitación parlamentaria de la comaternidad, surgieron a debate cuestiones sobre otros tipos de familia, por lo que el gobierno encargó la elaboración de un informe por parte de expertos con el objetivo de determinar si las normas en vigor respondían o no a las necesidades sociales del momento y, en especial, sobre la conveniencia de regular de alguna manera la multiparentalidad. En 2016 fue publicado el informe *Staatscommissie Herijking Ouderschap “Kind en ouders in de 21ste eeuw”* [disponible, en holandés, aquí:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/07/rapport-van-de-staatscommissie-herijking-ouderschap-kind-en-ouders-in-de-21ste-eeuw> ; cuya versión resumida en inglés [GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, «Child and parents in the 21st century», 2016] puede consultarse aquí: <https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21st-century> (f.c.: 20.04.2022)]. De este y posteriores informes adicionales que fueron requeridos por el gobierno, se desprende que, si bien algunas normas deberían ser adaptadas para introducir el concepto de multiparentalidad legal, esta no suponía problemas insuperables. A pesar de ello, el gobierno, en 2019, hizo pública su posición en relación con las propuestas del informe [disponible aquí: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/nieuws/2019/07/12/kabinet-brengt-familierecht-bij-de-tijd> (f.c.: 20.04.2022)]. Esta, incumpliendo la promesa electoral de la coalición de gobierno actual [disponible aquí: [99](https://www.coc.nl/wp-content/uploads/2021/03/COC-</p>
</div>
<div data-bbox=)

sido por el momento descartada por el gobierno, recibió bastante atención académica por ser la primera propuesta de este tipo que se conocía en Europa.

Esta propuesta surgía de la voluntad de los expertos que formaban la comisión gubernamental de que los lazos de parentesco reflejaran la realidad social, aunque fuera únicamente la de una minoría de familias³³⁷. La propuesta consistía en una multiparentalidad planificada pre-concepción, similar a la de las regulaciones canadienses expuestas, con base en un acuerdo entre un máximo de cuatro adultos, entre los que debía figurar necesariamente la persona gestante³³⁸. Además de esta, podían formar parte del acuerdo el resto de adultos que fueran a aportar material genético para la concepción y sus parejas³³⁹. El límite de cuatro adultos ya podría suponer un problema de inicio, en el caso de que, por ejemplo, la persona gestante no proveyera el óvulo para la concepción y que por tanto lo hiciera una tercera persona que no fuera pareja de ningún otro progenitor. Pero, además, posibles reconstituciones familiares posteriores podrían suponer un reto para este límite establecido legalmente³⁴⁰. Es decir, si las parejas que forman parte del acuerdo reproductivo se separasen y formasen nuevas relaciones con

[Regenboog-Stembusakkoord-2021.pdf](#) (f.c.: 20.04.2022)], deja de lado la posible regulación de algún tipo de multiparentalidad y, a parte de una propuesta de regulación de la gestación subrogada, se limita a proponer la introducción de la *deelgezag*, un régimen similar a la *kleines Sorgerecht* alemana y, en general, a las regulaciones estudiadas en el capítulo anterior. Puede encontrarse más información, en neerlandés, sobre la reforma y su estado de tramitación: <https://wetgeving.kalender.overheid.nl/Regeling/WGK010927> (f.c.: 31.03.2023). Se trata sin duda de una propuesta muy limitada, teniendo en cuenta las elaboradas por el comité de expertos [*vid.* Wendy SCHRAMA, «Marriage and alternative status relationships in The Netherlands», en *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, ed. John Eekelaar y Rob George (London: Routledge, 2021), pp. 15-28 (p. 28)], cuya aprobación parlamentaria es dudosa. Agradezco esta información a la prof. SCHRAMA, facilitada mediante conversación por correo electrónico, el día 28.02.2022.

³³⁷ GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, p. 63.

³³⁸ *Ibid.*, p. 64.

³³⁹ Por corresponderse, en opinión del comité, con la mayoría de familias multiparentales y porque existen límites sobre el número máximo de adultos con el que un menor puede tener una relación significativa, *Ibid.*, p. 65.

³⁴⁰ En estos casos, el informe remite a la opción de la adopción; cuestión que abordaré más adelante.

otras personas, estas últimas podrían llegar a tener también un rol parental con una menor, desafiando el límite legal de cuatro progenitores. A la vez, podrían darse problemas similares en relación con el segundo límite que establecía la propuesta: el de un máximo de dos viviendas familiares para el menor³⁴¹.

En todo caso, en el acuerdo debían detallarse cuestiones como el apellido a utilizar por el hijo o la hija, su lugar de residencia principal, las responsabilidades económicas de cada progenitor, los mecanismos de resolución de conflictos parentales, el procedimiento de modificación del acuerdo y el reparto concreto de las tareas de cuidado y crianza. La propuesta también indicaba que el acuerdo debía contener una previsión sobre cómo se informaría al hijo sobre las circunstancias de su concepción y de sus orígenes genéticos y biológicos.

El acuerdo elaborado por las partes debía ser posteriormente aprobado judicialmente, en un procedimiento en el que el futuro menor sería representado por un defensor judicial, para asegurar que se respeta su interés superior³⁴². De seguirse todas estas prescripciones, en el momento del nacimiento, el menor contaría con múltiples figuras parentales homólogas. Así pues, el acuerdo conferiría el mismo estatuto de progenitor, incluidas responsabilidades parentales a ejercer conjuntamente, a todos los adultos implicados en el acuerdo.

4.2. Multiparentalidad sobrevenida

4.2.1. Reconocimiento de la socioafectividad

El desarrollo de la socioafectividad en Brasil y Argentina se ha compatibilizado con el reconocimiento de la multiparentalidad.

³⁴¹ Este límite se justificaba en la experiencia de los hijos en familias con progenitores divorciados, GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, p. 65.

³⁴² *Ibid.*, p. 66. Una cuestión si más o no curiosa teniendo en cuenta que el menor no habría sido ni siquiera concebido.

En Brasil, la evolución de la jurisprudencia al respecto presenta tres etapas: en la primera se excluía la posibilidad de que el vínculo socioafectivo pudiera desplazar al biológico, en la segunda, este comenzó a erigirse como criterio imperante y, finalmente, en la tercera se reconoce la igualdad de títulos de determinación de la filiación y se reconoce la posibilidad de su coexistencia³⁴³. Consecuentemente, a partir de 2015, empiezan a plantearse casos de reconocimiento de la multiparentalidad en diversos tribunales brasileños a pesar de no existir habilitación legal para ello³⁴⁴. El caso que sin embargo, consolidó el criterio a nivel federal es el de la sentencia del Tribunal Federal de Brasil de 22 de septiembre de 2016³⁴⁵, en el que una menor de 16 años reclamó la filiación de su padre biológico al descubrir que su progenitor determinado legalmente no era tal. En virtud de los principios de dignidad humana y del interés superior del menor, el Tribunal permitió la acumulación de la nueva filiación biológica a la socioafectiva y declaró la filiación múltiple de la menor, quien pasó a tener dos padres y una madre³⁴⁶.

Posteriormente, se procedió a dotar de cierta cobertura normativa al reconocimiento de la multiparentalidad basada en la socioafectividad mediante la Disposición núm. 63/2017 del Consejo Nacional de Justicia (de ahora en adelante, CNJ). Esta conllevó la desjudicialización de la multiparentalidad, al permitir que pudiera producirse directamente mediante reconocimiento ante notario o el Registro civil³⁴⁷. Este reconocimiento tan solo requería una declaración unilateral por parte del progenitor socioafectivo para establecer una relación de filiación irrevocable, si bien debía observarse un límite máximo de cuatro

³⁴³ Gabriela MASCARENHAS LASMAR y Manoel António SILVA MACÉDO, *op. cit.*, p. 162.

³⁴⁴ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 25.

³⁴⁵ Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI y Marianna CHAVES, «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, vol. 48, 2018, pp. 133-157, p. 4.

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 137-138; Gabriela MASCARENHAS LASMAR y Manoel António SILVA MACÉDO, *op. cit.*, p. 162.

³⁴⁷ Maria Berenice DIAS, *op. cit.*, p. 25.

progenitores para cada persona³⁴⁸. Ante las críticas a esta disposición por entenderse que suponía una burla a los requisitos de la adopción, la posterior Disposición núm. 83/2019 del CNJ restringió el acceso al reconocimiento extrajudicial de la filiación socioafectiva, quedando disponible la vía judicial para el resto de casos. Así, en la actualidad únicamente se permite el reconocimiento extrajudicial de una filiación socioafectiva respecto a menores de más de doce años, mediante un procedimiento registral en el que debe intervenir el Ministerio Público y verificarse la posesión de estado de hijo. Además, se permite como máximo un único reconocimiento basado en la socioafectividad si esta da lugar a multiparentalidad; por lo que si se desea establecer un segundo vínculo de filiación socioafectiva, debe recurrirse a la vía judicial³⁴⁹.

En Argentina, tras el rechazo inicial explícito de la multiparentalidad en el art. de 558 CCCN, multiplicidad de tribunales han considerado que la realidad fáctica que se les presentaba justificaba bien la inobservancia de dicho precepto, bien su declaración de inconstitucionalidad *inter partes* y la declaración de una multiparentalidad filiatoria³⁵⁰. De esta manera, vienen sucediéndose reconocimientos registrales y judiciales de filiación triple desde 2015, a pesar de no existir previsión legal al respecto³⁵¹. Por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de Familia núm. 2 de Mar del Plata de 24 de noviembre de 2017, la autoridad judicial reconoció, en base a la socioafectividad, la tercera filiación de una menor que había sido concebida tras un acuerdo tanto para concebirla

³⁴⁸ Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, *op. cit.*, p. 202.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ Agustina BLADILO, *op. cit.*, pp. 152-153.

³⁵¹ «[...] que una persona ostente tres vínculos filiales, no tiene aún ... anclaje legal. Pero como acontece con todas las temáticas eminentemente sociales, la realidad nos interpela de manera constante con su faceta dinámica y, por lo tanto, cabe preguntarse qué debería responder el derecho cuando se presentan planteos que involucran el reconocimiento de una triple filiación, es decir, admitir que una persona pueda tener tres progenitores.»: Sentencia del Juzgado Civil núm. 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 22 de junio de 2022. No sólo no se prevé la posibilidad de que una persona pueda tener más de dos progenitores determinados, sino que esta resulta explícitamente prohibida en el art. 558 CCCN. Sin embargo, los tribunales pueden decidir inaplicar esta previsión mediante el control difuso de constitucional previsto en el ordenamiento argentino.

y gestarla como para criarla realizado entre una pareja de hombres y una mujer³⁵². También en el caso de la sentencia del Juzgado Primera Instancia de Personas y Familia núm. 2 de Orán se reconoció la triple filiación de un menor tras la muerte de su madre al año de su nacimiento. La pareja de la madre, que la había acompañado durante el embarazo y el año de vida del menor hasta la muerte de esta era quien constaba como padre en el Registro Civil. Sin embargo, al tener conocimiento de los hechos, el padre biológico procedió a impugnar la existente y reclamar su filiación respecto del hijo. En la contestación a la demanda, el padre legal del menor solicitó el reconocimiento de la multiparentalidad del menor, basada en el alimento socioafectivo, y esta fue judicialmente acordada³⁵³. Más recientemente, los tribunales argentinos han vuelto a reconocer la multiparentalidad en el contexto de un acuerdo de coparentalidad entre dos hombres y una mujer basándose en el valor jurídico de la socioafectividad: «la triple filiación perseguida en términos de proyecto de vida basado en el amor, está resguardada por el art 19 CN [Constitución Nacional de Argentina] y su proyección no genera daños a terceros»³⁵⁴.

4.2.2. Filiaciones contradictorias y discreción judicial en California y la UPA 2017

El desarrollo de la pluriparentalidad en Canadá y, en especial, la decisión en *A.A. v. B.B.* tuvieron un importante impacto en el país vecino, Estados Unidos. Si bien el reconocimiento judicial o legislativo de multiplicidad de personas en roles parentales o la atribución de ciertas

³⁵² «[...]las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y socioafectividad. La primera refiere al acto volitivo, decisional y autónomo encaminado por el deseo de ser progenitor, causa fuente de la filiación por TRHA, mientras que la segunda alude a la conjunción de lo social y lo afectivo, la cual emerge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales.»

³⁵³ Ana María CARRIQUIRY, «La suma de afectos no resta responsabilidades», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 53-61, pp. 54-57.

³⁵⁴ Juzgado Civil núm. 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 22 de junio de 2022. Esta sentencia es además pionera en el sentido que reconoce la multiparentalidad de origen, desde el momento del nacimiento del menor.

responsabilidades parentales a más de dos personas no era una cuestión ajena al ordenamiento jurídico del país³⁵⁵, no fue hasta 2013 que, en el Estado de California, se reguló la posibilidad de una filiación múltiple. Tras un caso judicial mediático en el que se había rechazado reconocer la multiparentalidad respecto de una menor de edad³⁵⁶ y un intento fallido de regular legislativamente la cuestión³⁵⁷, en ese año se aprobó la

³⁵⁵ Por ejemplo, en el año siguiente a la decisión de *A.A. v. B.B.*, el Tribunal Supremo de Pennsylvania decidió en un caso de multiparentalidad que le fue planteado que la madre gestante, la que había sido su pareja durante la concepción y el nacimiento y el hombre que había aportado el esperma y se había implicado en la vida de unos menores desde su nacimiento compartieran tanto la guarda y/o relaciones con el menor, como su manutención [*Jacob v. Schultz-Jacob*, 923 A.2d 473 (2007)]. Aunque la decisión no supuso que los menores tuvieran una triple filiación determinada, precisamente su comparación con la canadiense hizo saltar las alarmas de quienes se oponían al reconocimiento de que un menor pudiera tener más de dos figuras parentales, en este sentido, *vid. MARQUARDT, When 3 Really Is a Crowd*, Op-Ed., N.Y. Times, 16 de julio de 2007 [<https://www.nytimes.com/2007/07/16/opinion/16marquardt.html> (f.c.: 12.07.2022)].

³⁵⁶ En 2011, la *Court of Appeals* de California revocó una decisión de la *Juvenile Court* que había acordado otorgar el estatuto de progenitores tanto a la madre gestante como a la que había sido su esposa en el momento del nacimiento de una menor y al que era el padre biológico [*In re M.C.*, 195 Cal.App.4th 197 (2011); párr. 10.]. La revocación de la sentencia y la cimentación del binarismo en la parentalidad tuvieron lugar a pesar de que tanto la representación legal de la menor, como el *Children's Advocacy Institute* que actuaba como *amicus curiae* en el procedimiento solicitaron que se aprovechara este caso para manifestar que la legislación de California había quedado obsoleta para acomodar las estructuras familiares cambiantes. Sin embargo, si bien el tribunal dijo compartir la opinión de que se trataba de «cuestiones críticas» y que la legislación del momento no respondía adecuadamente a ellas, consideró que, hasta el momento, el Tribunal Supremo de California había mantenido una postura inflexible en cuanto al límite máximo de dos padres y que, además, en todo caso una decisión de tal calado correspondía al poder legislativo. Seguramente, tampoco propició un pronunciamiento favorable a la multiparentalidad el hecho de que se tratara de un caso donde las circunstancias familiares eran todo menos armónicas, constando el abuso repetido de drogas y violencia, incluso un intento de asesinato, entre los adultos involucrados. Así lo pone de manifiesto la *Court of Appeals* al final de su argumento: «*In the abstract, it is not difficult to opine a child might be well served by judicial recognition and preservation of a relationship with three legal "parents", all of whom love and care for her, and each of whom has evinced a commitment to providing her a safe and stable family environment. This is not that case.*».

³⁵⁷ En 2012, poco más de 8 meses después de *In re M.C.*, se propuso en el Senado estatal una iniciativa para regular la multiparentalidad, la SB 1476, que fue vetada por el Gobernador de acuerdo con las siguientes consideraciones: «*I am sympathetic to the author's interest in protecting children. But I am troubled by the fact that some family law specialists believe the bill's ambiguities may have unintended consequences. I would like to take more time to*

reforma legislativa que permitiría la filiación múltiple en California: la Ley SB 274 reformó la sec. 7612 del *California Family Code*, que regulaba y regula los conflictos entre presunciones de paternidad/maternidad, permitiendo que su resolución suponga la declaración de que un menor tiene tres progenitores³⁵⁸.

El derecho californiano de familia, como la generalidad del derecho estadounidense, establece diferentes presunciones que convierten a una persona, diferente de la gestante, en progenitor. Una persona susceptible de encontrarse en alguna de estas situaciones es, por tanto, un *presumed parent*. La regla general es la de que en los casos en los que dos o más personas pueden ser consideradas progenitores de acuerdo con diferentes presunciones, los tribunales deben decidir cuál de las dos presunciones, de acuerdo con las circunstancias fácticas particulares, ha de considerarse más relevante³⁵⁹. La reforma del código californiano de 2013, pues, incluyó una segunda posibilidad excepcional: la de no elegir exclusivamente a uno de los *presumed parents*, sino permitir que todos sean reconocidos como tal. Teniendo en cuenta, adicionalmente, al progenitor gestante, esta declaración daría lugar a una situación de multiparentalidad.

Así pues, para que un menor tenga reconocidos legalmente más de dos progenitores deben darse las siguientes circunstancias. En primer lugar, que exista una multiplicidad de *presumed parents* de acuerdo con la ley. Es decir, no cualquier persona puede potencialmente ser progenitor, sino que debe estar relacionado con la criatura de alguna de las maneras

consider all of the implications of this change»; citado en Ann E. KINSEY, «A Modern King Solomon's Dilemma: Why State Legislatures Should Give Courts the Discretion to Find That a Child Has More than Two Legal Parents», San Diego Law Review, vol. 51/1, 2014, pp. 295-350, p. 323. La autora señala la guerra cultural que se dio en el momento al relacionarse la primera propuesta con una demanda del colectivo LGBTIQ+ y que, si bien no se tiene constancia de por qué hubo un cambio de parecer por parte del Gobernador, la legalización del matrimonio entre personas del mismo género en ese momento en California podría ser una de las razones tras este cambio: Ibid., pp. 325-326.

³⁵⁸ D. Kelly WEISBERG, *op. cit.*, p. 801. *In re Donovan L.*, 244 Cal.App.4th 1075 (2016), p. 1090.

³⁵⁹ «...the presumption that on the facts is founded on the weightier considerations of policy and logic controls», sec. 7612 Cal. Fam. Code.

reconocidas por el derecho³⁶⁰. En segundo lugar, la situación fáctica del menor debe ser tal que el hecho de aplicar la solución general, la de elegir a un progenitor sobre el otro se demuestre perjudicial.

Para valorar el perjuicio de no reconocer a un tercer progenitor, la autoridad judicial debe considerar «todos los factores relevantes». La ley cita, a modo de ejemplo, el daño resultante de truncar la relación entre el menor y la persona que ha satisfecho sus necesidades físicas y psicológicas de cuidado y afecto durante un periodo de tiempo «sustancial». A su vez, puntualiza que la conveniencia de reconocer un progenitor adicional no necesariamente comporta una declaración de inidoneidad o inaptitud de ninguna otra figura parental³⁶¹. Tanto el poder legislativo como el judicial que se ha encargado de analizar la aplicabilidad de este precepto convienen que este perjuicio únicamente se producirá de manera excepcional («*in rare cases*»)³⁶². Así, en casos en los que ya se había establecido una relación entre el tercer progenitor y el menor, por lo que truncarla o negarla al no reconocerla jurídicamente produciría un detrimento para la estabilidad y la continuidad de su cuidado³⁶³. Esta legislación, pues, permite la multiparentalidad basada en el elemento social o de cuidado y el mero vínculo genético no

³⁶⁰ *In re M.Z.*, 5 Cal.App.5th 53 (2016), p. 406. De acuerdo con la sec. 7611 Cal. Fam. Code, la condición de *presumed parent* se adquiere mediante la operación de la presunción matrimonial, neutra en cuanto al género, (sec. 7540 y ss. Cal. Fam. Code), el reconocimiento (sec. 7571 y ss. Cal. Fam. Code) y la «*holding out presumption*». Esta última presunción es la que podría ser alegada por aquellos que encajan en la definición de adulto afín (*vid.* subapartado 2.1. *supra*).

³⁶¹ *Martinez v. Vaziri*, 246 Cal.App.4th 373 (2016), pp. 382-389.

³⁶² «*As a general rule, "there can be only one presumed father"*»: *In re Donovan L.*, p. 1086; «*It is the intent of the Legislature that this bill will only apply in the rare case where a child truly has more than two parents, and a finding that a child has more than two parents is necessary to protect the child from the detriment the Legislature intended amendments to section 7612 to be narrow in scope and to apply only in "rare cases" in which a child "truly has more than two parents" who are parents "in every way"*», Sen. Bill No. 274 (2013-2014 Reg. Sess.) §1.

³⁶³ *In re Donovan L.*, p. 1092. El mismo estándar del perjuicio ya existía en la sec. 3041 Cal. Fam. Code, en relación con la posibilidad de otorgar la guarda a un tercero no progenitor y en el caso citado se hace referencia a que la jurisprudencia relativa a dicho precepto siempre la había aplicado en situaciones de relaciones preexistentes: *In re Donovan L.*, p. 1089.

produce suficientes argumentos para considerar una situación legal de multiparentalidad³⁶⁴.

La última versión de la UPA 2017 redactada por la *Uniform Law Commission* se inspiró precisamente en la legislación californiana³⁶⁵. Su sec. 613 regula la determinación judicial de la filiación cuando existen, respecto de un mismo menor, varias personas con acciones de filiación incompatibles. Esta incluye, además de la opción tradicional de ponderar las circunstancias y que la autoridad judicial escoja aquella que considere más relevante, una alternativa como la que se ha visto en

³⁶⁴ De hecho, el simple hecho de ser el progenitor biológico de la criatura no otorga el estatus de *presumed parent*, necesario para solicitar la determinación de la relación de filiación como tercer progenitor. De acuerdo con esta interpretación del precepto, la *Court of Appeals*, en *In re Donovan L.*, revocó la sentencia de instancia que había otorgado la condición legal de progenitor al padre biológico, junto a la madre y su marido, sobre quien era aplicable la presunción de paternidad. Sin embargo, un padre biológico puede ser reconocido como tercer padre, junto con la madre gestante y su cónyuge siempre que satisfaga todos los requisitos impuestos por la sec. 7612. Este es, por ejemplo, el caso en *C.A. v. C.P.*, 29 Cal.App.5th 27 (2018). En este caso, los cónyuges, y progenitores legales del menor, inicialmente permitieron el contacto de esta con el padre biológico, un compañero de trabajo de la madre. Esta situación se prolongó durante 3 años, en los que adulto y menor forjaron una relación afectiva importante (suficiente para ser subsumible en la *holding out presumption*), hasta que los progenitores denegaron el contacto en el momento en que el padre biológico inició acciones legales para ver reconocida su condición.

³⁶⁵ Pero no únicamente. De hecho, su versión final comentada, cita diferentes regulaciones y decisiones judiciales estatales que permitían ya una declaración de multiparentalidad. Circunstancia que, según la *Uniform Law Commission*, justifica la opción de la de incorporar esta posibilidad en la nueva versión de la UPA: «*Alternative B is consistent with an emerging trend permitting courts to recognize more than two people as a child's parents. Four states expressly permit a court to find that a child has more than two legal parents by statute. See Cal. Fam. Code 7612(c); Del. Code Ann. tit. 13, § 8-201(a)(4), (b)(6), (c); D.C. Code § 16-909(e); Me. Rev. Stat. tit. 19-a, § 1853(2). In addition, courts in several other states have reached that conclusion as a matter of common law. See, e.g., Warren v. Richard, 296 So.3d 813, 815 (La. 1974). In addition, courts in some states have concluded that a child had two legal parents and one equitable parent who was entitled to at least some rights and duties of a parent. See, e.g., In Interest of P.S., 505 S.W.3d 106 (Tex. Ct. App. 2016) (3-way custody and visitation arrangement); A.B. v. T.V., 2015 WL 7571451 (Pa. Super. Ct. 2015); In re Parentage of J.B.R. Child, 336 P.3d 648, 653 (Wash. App. Ct. 2014) ("The fact that [the child] has two living biological parents does not prohibit [the child's stepparent] from petitioning for de facto parentage."); McAllister v. McAllister, 779 N.W.2d 652 (N.D. 2010).» NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, «Uniform Parentage Act», 2017, p. 98, pp. 56-57.*

derecho californiano: la de declarar progenitores a ambos adultos³⁶⁶. Sin embargo, para evitar que esta previsión de la multiparentalidad impidiera que muchos estados adoptaran la UPA 2017, esta se ha configurado como opcional³⁶⁷. Es decir, los estados no tienen por qué incorporarla y pueden optar por únicamente mantener la solución tradicional³⁶⁸.

³⁶⁶ Las presunciones de paternidad/maternidad de la UPA 2017 se encuentran enumeradas en la sec. 204 de la norma y, a grandes rasgos, consisten una presunción matrimonial y una presunción del tipo *holding out*. Por otro lado, el que demuestre ser un progenitor genético o un *de facto parent* también tiene derecho a reclamar la filiación, de acuerdo con las sec. 607, 608 y 609 UPA 2017, y a que se le aplique la previsión de la sec. 613.

³⁶⁷ Courtney G. JOSLIN, «Preface to the UPA (2017)», *Family Law Quarterly*, vol. 52/3, 2018, pp. 437-498, p. 461.

³⁶⁸ Además de los Estados apuntados en la n. 3655 que ya reconocían la multiparentalidad con anterior a la aprobación de la UPA 2017, otros, a raíz de la incorporación de las previsiones de esta a sus códigos y leyes también la han reconocido en los últimos años. Estos son (a) el estado de Washington (sec. 26.26A.460, del *Title 26. Domestic Relations* de su *Revised Code*); (b) el estado de Vermont (§206, del *Title 15C* de los *Vermont Statutes*); y (c) el estado de Connecticut (sec. 46b-475.c de la *Connecticut Parentage Act*. A finales de 2022, únicamente seis Estados habían aprobado e incorporado las previsiones de la UPA a sus ordenamientos (en otros tres, se encontraba en proceso de aprobación). La información actualizada puede encontrarse en la página oficial de la *Uniform Law Commission*: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f> (f.c.: 16.12.2022). Además de los tres apuntados, California y Maine que ya reconocían la multiparentalidad con anterioridad, también han aprobado la UPA en sus respectivos ordenamientos. Por su parte, el Estado de Rhode Island, aunque ha aprobado la UPA y ha incluido en la sec. §15-8.1-206 de sus *Statutes* el equivalente a la sec. 613 UPA 2017 no ha escogido, explícitamente, ninguna de las dos opciones ofrecidas por esta respecto a la posibilidad de que un menor pueda tener dos o más padres. La información oficial sobre el establecimiento de la filiación de tal Estado únicamente hace referencia a la posible existencia de dos progenitores y, como recomendación en los casos en que el progenitor biológico es una persona diferente al cónyuge del progenitor gestante, ofrece que el cónyuge realice una declaración de negación de la filiación [*vid.* <https://ocss.ri.gov/custodial-parent-services/establishment-parentage> (f.c.: 16.12.2022)]. Aun así, hay quien considera que la multiparentalidad es posible de acuerdo con la UPA de Rhode Island: Thomas M. WALL, «The Pitfalls of Polyamorous Parenting in Rhode Island: The Crime of Adultery and the Best Interests of the Child Under the Uniform Parentage Act», *Roger Williams University Law Review*, vol. 26/3, 2021, pp. 766-80, pp. 790-791.

CAPÍTULO III

CUIDADORES AFINES: UN ESTATUTO AUTOMÁTICO DERIVADO DE LA CONVIVENCIA

1. Una relación familiar no parental derivada de la convivencia

Cuando en las familias reconstituidas se produce una convivencia estable entre menor, su progenitor y adulto afín es probable que entre el primero y el último se genere una relación profunda de carácter familiar³⁶⁹. Esta situación puede comportar que el adulto afín ejerza algunas de las funciones propias de un progenitor sin llegar a asumir completamente un rol equivalente al de este³⁷⁰. Así pues, el desarrollo de esta relación familiar o «cuasi-parental» y su imposibilidad de reconocimiento jurídico pueden generar incertidumbre e inseguridad³⁷¹ y, sobre todo, suponer un desincentivo para invertir afectivamente en la relación con el menor³⁷². Con este grupo de casos en mente, planteo la propuesta del presente capítulo, en el que desarrollo un régimen que he

³⁶⁹ Es claro el desarrollo de este tipo de relación en los casos en que el adulto afín procede a la adopción o el reconocimiento del hijo o la hija de su pareja; *vid.* subapartado 4.2.1. del capítulo I *supra*.

³⁷⁰ De hecho, tal y como muestran los datos sobre el creciente número de divorcios y la tendencia jurídica actual hacia el mantenimiento del vínculo parental tras la ruptura de la relación entre progenitores (*vid.* apartado 2 del capítulo I), la creciente presencia del progenitor no residente en la vida del menor puede dificultar esta asunción de parentalidad, especialmente si se tiene en cuenta la aún imperante concepción binaria de la parentalidad.

³⁷¹ De acuerdo con un estudio empírico realizado en Inglaterra y Gales en relación con la percepción de adultos afines sobre su asunción de responsabilidades parentales, algunos de estos señalaban su preocupación respecto al hecho de carecer de cualquier tipo de estatus legal, a pesar de no querer asumir responsabilidades parentales; Penelope RUSSELL, *op. cit.*, p. 315.

³⁷² Especialmente si se piensa que, ante una posible ruptura de la relación con el progenitor, este impedirá el contacto entre el menor y el adulto afín. También, como ya se ha apuntado, la falta de reconocimiento de esta posición específica puede provocar el recurso a los instrumentos que establecen una relación de filiación entre ellos cuando realmente no es este el nivel de compromiso que se desea otorgar a la relación afín: Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 42.

optado por denominar «cuidadores afines» o «relaciones afines de cuidado».

El objetivo del régimen legal que se propone en este capítulo es el de dotar de contenido jurídico a una relación entre menor y adulto afín que, por razón de haber convivido durante un largo período de tiempo, adquiere un carácter familiar que justifica el despliegue de ciertos efectos jurídicos. Si bien esta relación cercana no-parental es perfectamente subsumible en el concepto de «allegado» del art. 160 CC³⁷³, esta regulación puede resultar insuficiente o no suficientemente clara. Más allá de ser una figura con la que el menor puede beneficiarse de mantener cierto contacto o relación, el adulto afín puede, sin asumir por completo las funciones de un progenitor, convertirse en un cuidador «secundario» para este durante la convivencia entre ambos. Es decir, si bien el progenitor –o los progenitores– pueden continuar siendo los cuidadores principales y últimos responsables sobre un menor, los adultos afines pueden asumir una posición auxiliar al verse materialmente involucrados su crianza y cuidado. En este contexto, la escasa regulación de la figura del «allegado» o «persona próxima», posición que únicamente aflora en situaciones de conflicto respecto a los contactos y relaciones de un menor, resulta claramente insuficiente.

El régimen del cuidador afín pretende, pues, ser específico para los adultos afines en las familias reconstituidas y proveerlos de un estatuto más completo que la mera consideración de allegado o persona próxima en relación con el menor. Con base en la asunción funcional de un rol de cuidador secundario a lo largo de una convivencia estable en el tiempo con el menor, se propone la objetivación de unos requisitos para obtener de manera automática la consideración de «cuidador afín». Así, se propone una estrategia de diversificación de la figura parental, ofreciendo un estatus alternativo al de progenitor³⁷⁴, cuyos presupuestos de aplicación son claros. Con esto, se pretende reducir el margen de discreción judicial y ampliar la seguridad jurídica respecto a las relaciones del menor con el adulto afín tanto durante la convivencia

³⁷³ *Vid.* subapartado 4.2.1. del capítulo I *supra*.

³⁷⁴ Geoffrey WILLEMS y Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 836.

familiar como ante la muerte del progenitor residente o una eventual ruptura de la relación entre ambos adultos. En combinación con las otras dos propuestas contenidas en los capítulos siguientes, el estatuto del cuidador afín quedaría reservado para aquellas familias en las que no existe un verdadero compromiso parental por parte del adulto afín, pero sí una relación de convivencia y crianza lo suficientemente relevante como para que pueda resultar útil y beneficioso para el menor que este se responsabilice sobre algunos aspectos de la crianza cotidiana. Su aplicación automática tras la verificación del cumplimiento de ciertos requisitos, sin embargo, lo convierte también en el régimen que por defecto se aplique a todas aquellas familias en las que se da una relación afín diferente. Así, por ejemplo, tanto en aquellas en que se pone en práctica activamente una estrategia de no vinculación familiar³⁷⁵ como en las que se ha asumido un verdadero compromiso parental, pero no se procede a su formalización por causas que nada tienen que ver con la relación, como, por ejemplo, desconocimiento o dificultades de acceso a este tipo de instrumentos³⁷⁶. Para el primer tipo de casos, se prevé la posible exclusión de efectos mediante pacto. Para el segundo, la posibilidad de que la relación afín pueda ser reevaluada judicialmente en el momento del cese de la convivencia si así lo solicita alguna de las partes³⁷⁷. En definitiva, la regulación desplegará unos efectos limitados,

³⁷⁵ Piénsese, por ejemplo, en familias en las que el adulto afín pasa a convivir con su pareja y el hijo o hija de esta que ya cuenta con una edad avanzada.

³⁷⁶ Por formalización, me refiero a las propuestas que se contienen en los siguientes capítulos. En particular, la asunción formal de responsabilidades parentales (capítulo IV) y la adopción «aditiva» (capítulo V).

³⁷⁷ Esto se propone teniendo en mente que es posible que, durante momentos de «paz familiar», no se considere necesario formalizar de ninguna manera la relación «parental» que se dé entre menor y adulto afín porque, en ausencia de conflictos, esta puede desarrollarse al margen de su institucionalización. Sin embargo, ante una ruptura de la relación y un cese de la convivencia conflictivo, puede surgir la necesidad de alguna de las partes que se reconozca que el compromiso asumido durante la convivencia había ido más allá que el propio de un cuidador afín. Piénsese, por ejemplo, en los múltiples conflictos que se han abordado desde la jurisprudencia respecto de una segunda filiación materna en los casos en que la pareja de mujeres no estaba casada. El establecimiento de esta segunda filiación, en muchos casos, sólo resulta necesario para las partes una vez la relación de pareja se rompe. Así, de manera similar, ante una crisis familiar, el adulto afín podría pretender ver reconocida su asunción de responsabilidades parentales para garantizar la continuación de la relación parental a pesar de la ruptura de pareja. Por otra parte, el progenitor residente podría intentar ver reconocida la posición del adulto afín más allá de la de cuidador secundario

pero imperativos si no son excluidos mediante pacto, tras la verificación de una serie de circunstancias. Este régimen pretende, pues, otorgar una protección mínima para los menores con independencia de la realización o no de algún acto jurídico por parte de los adultos de la familia.

En situaciones de convivencia y paz familiar, su relevancia puede entenderse como mayoritariamente simbólica³⁷⁸: explicita la existencia de una relación «familiar entre adulto afín y menor» y contribuye a que esta redunde en interés del último e incremente su bienestar. Si bien, tampoco puede despreciarse su capacidad de dotar de seguridad jurídica a la realización de ciertos actos jurídicos cotidianos relativos al menor, como, por ejemplo, en el ámbito educativo. A la vez, podría servir de umbral objetivo para que, en otros ámbitos del derecho, se reconocieran de manera uniforme ciertos efectos a la relación afín³⁷⁹. Ahora bien, será ante una posible ruptura de la convivencia familiar que su establecimiento previo puede adquirir una mayor relevancia práctica.

Reconocer y reflejar jurídicamente la relación de cuidado que puede generarse entre adulto afín y menor es una recomendación frecuente entre los grupos de expertos. Por un lado, el Principio 3:18 de los relativos a la responsabilidad parental de la CEFL establece que «[l]a pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro progenitor que detente la responsabilidad parental»³⁸⁰. Por su parte, el art. 252-3 de la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (de ahora en adelante, CCAPDC) incluye el derecho del cónyuge o pareja de hecho del titular

para garantizar el mantenimiento del sustento económico que el adulto afín hubiera provisto al menor durante la convivencia, si fuera el caso. Dado que son situaciones que unen el régimen propuesto en este capítulo con una asunción *de facto* de responsabilidades parentales, ambas cuestiones son abordadas en detalle en el capítulo III y en este simplemente se apuntan como posibilidades.

³⁷⁸ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 43 y ss.

³⁷⁹ *Vid.* subapartado 4.4. del capítulo I *supra*.

³⁸⁰ Disponibles aquí: <http://ceflonline.net/principles/> (f.c.: 27.03.2023).

de la «patria potestad» que tenga la guarda a participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a la vida diaria³⁸¹.

En el derecho positivo de nuestro entorno, existen ejemplos de regulaciones para la relación entre menor y adulto afín similares a dichas propuestas. Desde 2001, el ordenamiento jurídico alemán cuenta con una regulación comúnmente denominada *kleines Sorgerecht* en el §1687b del *Bürgerliches Gesetzbuch* (de ahora en adelante, BGB)³⁸², en virtud de la cual el cónyuge del progenitor puede tomar ciertas decisiones relativas a la vida diaria del menor. En esta se inspiró el legislador catalán una década más tarde al regular algunos aspectos de la relación entre menor y adulto afín³⁸³. En virtud del art. 236-14 CCCat, el adulto afín puede participar en la potestad parental del progenitor-pareja y así incidir en la esfera personal del menor que está sometido a ella, tomando decisiones relativas a la vida diaria de este. Adicionalmente, el art. 236-15 CCCat establece las facultades del adulto afín en caso de muerte del progenitor. Posteriormente, en 2015, el derecho argentino también incorporó una regulación similar en su CCCN. Este incluye un capítulo séptimo en el título VII de su libro segundo, «responsabilidad parental», que constituye la regulación de los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines³⁸⁴. Uno de los últimos ordenamientos en incorporar una regulación de este tipo ha sido el cubano, mediante la aprobación, en 2022, de su CFC y la inclusión en él del Capítulo IV del Título V, «de

³⁸¹ Puede consultarse aquí: <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil> (f.c.: 27.03.2023).

³⁸² Disponible, en una traducción oficial al inglés, aquí: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (f.c.: 27.03.2023). El hecho de que la convivencia entre menor y adulto afín y la asunción de ciertas tareas de crianza por parte del segundo se estuvieran produciendo de facto motivó la aprobación de una regulación específica en este país; *vid.* Ludwig SALGO, «§1687b Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten», en Julius VON STAUDINGER, (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4 Familienrecht (Elterliche Sorge - Umgangsrecht)*, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2014, pp. 415-429, p. 417.

³⁸³ Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 121.

³⁸⁴ Los artículos que integran el Capítulo séptimo del Título VII del Libro Segundo son los comprendidos entre el 672 y el 676.

los deberes y derecho de las madres y padres afines respecto a las hijas e hijos afines»³⁸⁵.

En el presente capítulo se exploran en profundidad estas regulaciones, que sirven como fuente de inspiración para la regulación propuesta³⁸⁶, si bien de manera crítica al analizar lo que se consideran sus inconvenientes y puntos débiles³⁸⁷. En particular, son dos las principales cuestiones que considero que deben abordarse y mejorarse. La primera es que las regulaciones escogidas, excepto la cubana, evitan pronunciarse sobre la posible crisis de la familia reconstituida y los efectos que ésta puede tener en la relación afín³⁸⁸. La segunda cuestión que abordar críticamente en las regulaciones actuales es el hecho de que, de manera implícita, siguen considerando la presencia del menor en la familia reconstituida como una cuestión accesorio a la relación de pareja entre adultos³⁸⁹. Así, la propuesta de relación afín de cuidado o de

³⁸⁵ Esta regulación supone el desarrollo normativo de la protección constitucional de la heterogeneidad familiar presente en los arts. 81 y 84 de la Constitución Cubana de 2019. Para un análisis de las garantías constitucionales de las familias reconstituidas en ese país, *vid.* Iris María MÉNDEZ TRUJILLO, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, pp. 67 y ss.

³⁸⁶ La existencia de estos ejemplos de regulación no sólo es útil para reflexionar sobre el contenido de una propuesta como la que aquí se plantea, sino que también sirve para evidenciar que se han ido dando pasos en diversos ordenamientos hacia el reconocimiento jurídico de la relación afín y sus efectos.

³⁸⁷ Por ejemplo, en 2004, la regulación alemana ya se apuntaba como insuficiente por parte de la doctrina, por considerar que el legislador no había ido lo suficientemente lejos. *Vid.* MUSCHELER, *op. cit.* p. 919. Esto es especialmente así si se trata del único instrumento alternativo con el que pueden contar las familias reconstituidas para regular la relación afín. Es la opinión, por ejemplo, de Nina DELTHOFF respecto a la regulación alemana que, como la catalana, únicamente prevé este régimen. Para la autora, la regulación del §1687b BGB no va lo suficientemente lejos, mientras que la alternativa, la adopción del hijo del cónyuge, comporta unos efectos que no suelen corresponderse con las relaciones reales existentes en la familia; *vid.* Nina DETHLOFF, «Changing Family Forms: Challenges for German Law», *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46/3, 2015, pp. 671-682, pp. 673-674.

³⁸⁸ Ancladas en una concepción antigua de la reconstitución familiar, el resto de regulaciones únicamente contemplan las consecuencias de la ruptura de la relación de pareja en caso de muerte de uno de sus miembros, pero no así de separación o divorcio. Esta cuestión es abordada en profundidad en el subapartado 3.2. *infra*.

³⁸⁹ Una característica que se critica, en el caso de Catalunya, en Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, pp. 647-648. Esta es una concepción común en estos ordenamientos y en otros del entorno que no analizo en este trabajo. Un buen ejemplo de ello lo constituye el derecho suizo, donde la accesoriedad del menor en las familias

estatuto de cuidador afín se plantea como una herramienta para dotar de seguridad jurídica a esta relación, especialmente en casos de ruptura voluntaria de la convivencia y para enfatizar, a la vez, el papel del menor como sujeto activo en la familia y, en particular, en la relación con el adulto afín.

En cuanto a la estructura del capítulo, en primer lugar, abordo la cuestión del establecimiento del estatuto de «cuidador afín» y la delimitación de las circunstancias que comportarían su aplicación, sin necesidad de que los miembros de la familia realicen ningún acto jurídico concreto. En este punto, también se plantea la posibilidad de que los miembros excluyan la aplicabilidad de los efectos de la relación afín de cuidado. En segundo lugar, se analiza el contenido jurídico de la relación en su dimensión personal –es decir, las facultades del adulto afín respecto de la crianza, educación y cuidado del menor–. Y, en tercer lugar, en su vertiente económica o patrimonial, especialmente en relación con una posible obligación de manutención económica del adulto afín hacia el menor. Ambas cuestiones se abordan tanto durante la convivencia como una vez esta cesa.

2. Establecimiento y duración de la relación afín de cuidado

2.1. Aplicación automática y posibilidad de exclusión

Tal y como he ido avanzando, el estatuto del cuidador afín se prevé, en el conjunto de la propuesta de la tesis, como el régimen de aplicación automática. De las propuestas, se trata de la única regulación que resultaría de aplicación durante la convivencia de la familia reconstituida

reconstituidas es particularmente explícita. De acuerdo con el art. 278.2 CC suizo, la presencia del hijo no común en la familia es configurada como una carga económica matrimonial. Y, de acuerdo con el art. 299 CC suizo, el apoyo en el ejercicio de las responsabilidades parentales respecto de hijos no comunes se establece como una obligación conyugal recíproca: *Vid.* Alexandra JUNGO y Lena RUTISHAUSER, «Legal relationship between adults and children in Switzerland», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 551-582, p. 571.

sin necesidad de que los implicados realizaran ningún acto jurídico que expresara su voluntad de subsumirse en él. Cuando la convivencia se mantiene de manera estable en el tiempo se genera un vínculo familiar, aunque sea de escasa trascendencia jurídica, no sólo con el otro miembro de la pareja, sino también con los posibles hijos e hijas menores de este³⁹⁰. Entiendo necesario, pues, incluir en la propuesta global un régimen de aplicación automática para otorgar relevancia y valor al hecho de pasar a convivir formando una familia reconstituida.

Ahora bien, a pesar de que en nuestro ordenamiento se observa cierta tendencia al reconocimiento de las situaciones familiares de hecho basadas en la convivencia³⁹¹, también se plantean dudas respecto a la

³⁹⁰ Por el contrario, FULCHIRON, en su análisis del régimen argentino, se muestra contrario a un régimen de aplicación automática para el adulto afín: *op. cit.*, p. 44. Sin embargo, considero que la debida protección del menor implica la necesidad de al menos cierto reconocimiento de su relación familiar con el adulto afín con quien el menor convive, con independencia de los actos jurídicos que los adultos puedan realizar a efectos de su formalización. En este sentido, resulta ilustrativa la reflexión de MIZRAHI en relación con los efectos automáticos del estatuto de progenitor afín del CCCN: «Quien contrae matrimonio o decide convivir con un progenitor o progenitora a cargo del cuidado de sus hijos debe saber los compromisos que asume; entre ellos, precisamente, los deberes que se le imponen como progenitor afín (art. 673 del Código). Entre dar mayor libertad a este u otorgar una protección más eficaz a los niños, nuestra ley —con acierto— se inclinó por esto último. Repárese, por lo demás, que la norma citada no obliga al progenitor afín a criar y educar a los hijos de otro sino solamente a “cooperar” en esas tareas, que es la mínima labor de solidaridad que puede requerírsele a este adulto que se decidió por contraer nupcias o convivir con la madre o el padre de esos niños»: Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 136.

³⁹¹ Más allá del progresivo reconocimiento de las parejas estables, nuestro ordenamiento también ha ido admitiendo la institucionalización de otras relaciones basadas en la convivencia conjunta. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua de los arts. 240-1 a 240-7 CCCat son un ejemplo de ello. Estas surgen tras el reconocimiento, por el legislador de 1998, de que otras formas de convivencia, diferentes a la familia nuclear o a las relaciones afectivas entre adultos, merecían protección: *vid.* Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Así, las personas que comparten vivienda habitual y gastos comunes o trabajo doméstico, sin contraprestación y con vocación de permanencia (art. 240-1 CCCat) pueden acordar dotar de ciertos efectos tuitivos a su convivencia. Entre ellos, un derecho de uso de la vivienda por parte de los convivientes o subrogación de un año en el contrato de arrendamiento si fallece el titular (art. 240-6 CCCat); y un derecho de alimentos en caso de muerte del conviviente que mantenía al resto, con una duración máxima de 3 años (art. 240-7 CCCat).

constitucionalidad de la aplicación imperativa de este tipo de nomas³⁹². En particular, se han planteado dudas en relación con el respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar en el caso de las parejas estables y, en concreto, con la regulación que hizo de ellas la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables [STC (Pleno), núm. 93/2013, de 23 de abril, MP: D^a Adela Asua Batarrita (ECLI:ES:TC:2013:93)]. La ley navarra establecía una serie de condiciones objetivas, principalmente, la convivencia durante un año (art. 2.2), cuya concurrencia producía *ex lege* la identificación de una pareja estable y la asignación de un estatuto jurídico que operaba con independencia de la voluntad de los miembros de la pareja³⁹³. La motivación del legislador había sido la de establecer una norma de derecho necesario y fijar las responsabilidades que deben asumir las personas como consecuencia de sus propios actos. El TC, sin embargo, consideró que los miembros de una pareja estable deciden no contraer matrimonio precisamente para poder autogobernarse libremente en la esfera de ese espacio propio, por lo que la imposición, al no ir acompañada de una posibilidad exclusión, resultaba inconstitucional.

Sin embargo, es difícil establecer un paralelismo entre tal situación y la de la relación entre menor y adulto afín³⁹⁴. En primer lugar, no estamos ante una relación entre adultos a los que el ordenamiento jurídico otorga, en principio, plena capacidad de obrar; sino que estamos ante una relación entre un adulto y un menor³⁹⁵. Además, en el caso de las

³⁹² Especialmente en relación con las familias reconstituidas, que presentan una gran diversidad en las razones que las han podido llevar a no formalizar la relación afín. Así lo considera, MARTÍN CASALS, que aboga por una regulación flexible que permita acomodar la diversidad: «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 119.

³⁹³ La pareja estable navarra se preveía con una serie de efectos similares al matrimonio en relación con su régimen económico y las consecuencias económicas de la ruptura (arts. 5 a 7 Ley Foral 6/2000).

³⁹⁴ Si bien, también hay margen para la imperatividad en relación con las parejas estables entre adultos. Por ejemplo, en la previsión de una posible prestación compensatoria en el art. 234-10 CCCat.

³⁹⁵ De hecho, la debida protección de la parte «débil» de una relación entre adultos es el fundamento de la regulación imperativa que el CCCat hace de las parejas estables

familias reconstituidas, la voluntad del menor de establecer una relación con el adulto afín es mucho más cuestionable: aunque su progenitor deba tener en consideración su opinión a la hora de iniciar la convivencia con una nueva persona, no puede obviarse que no se trata de una decisión vital del menor, sino de su progenitor y su pareja. El menor no puede negociar del todo autónomamente el contenido de su relación con el adulto afín. No necesariamente por una falta de capacidad o madurez, que también puede darse, sino por una falta de poder de negociación derivada de su dependencia económica y sus limitaciones en la capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Por lo que tampoco puede equipararse la posibilidad de recurrir al matrimonio por parte de las parejas de hecho al recurso a otros instrumentos como la adopción en el caso de las familias reconstituidas³⁹⁶. Además, ha de señalarse que las consecuencias que se derivarían de la relación afín de cuidado no serían equiparables a las de la adopción, que conlleva el establecimiento de una relación de filiación, ni a las de la atribución de la responsabilidad parental, que supondría una asunción más amplia de funciones y obligaciones.

Además, por otro lado, la aplicación automática ya es la opción presente en los ejemplos de derecho comparado analizados. En ninguna de las regulaciones analizadas se requiere una asunción formal de las facultades del adulto afín respecto del menor, sino que estas derivan de la convivencia y la relación que el adulto afín mantiene con el

(vid. arts. 234-1 y ss. CCCat). Ahora bien, esta regulación conlleva unas consecuencias diferentes a las del matrimonio y su constitucionalidad no ha sido puesta en duda.

³⁹⁶ Si bien, incluso en el caso del matrimonio, este argumento liberal sobre la posibilidad en todo caso de los adultos de recurrir al matrimonio si se desean ciertos efectos de protección puede ser puesto en cuestión. El carácter bilateral de este tipo de instituciones (es decir, que no puedan ser forzadas unilateralmente por una de las partes) dificulta el argumento sobre la posibilidad de institucionalizar la relación en todos los casos en que existe voluntad: «esta pregunta no admite respuestas radicales o genéricas, pues tan cierta es la relevante diferenciación de partida entre unas situaciones y otras (matrimoniales y no matrimoniales) como la imposibilidad de zanjar toda duda al respecto con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1), aunque no sea más que por la *consideración obvia de que no es este un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo* (art. 45 Código Civil)», STC 222/1992, de 11 de diciembre (énfasis añadido).

progenitor. El art. 236-14 CCCat se limita a conferir las facultades del adulto afín a aquellas personas que se casen o formen una pareja estable con el progenitor de un menor sobre el que este ostente la guarda³⁹⁷; algo que, por el momento, no ha suscitado dudas sobre su constitucionalidad o problemas prácticos relevantes en la jurisprudencia. En derecho argentino, el art. 672 CCCN denomina «progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente» para, seguidamente, establecer sus deberes en el art. 673 CCN. De igual manera se articula el CFC, cuyo art. 180 define como «madre o padre afín al cónyuge o pareja de hecho afectiva que convive con quien tiene a su cargo la guarda y el cuidado de la niña, niño o adolescente como consecuencia de la formación de familias reconstituidas». En Alemania, aunque el §1687b BGB se refiere a la necesidad de acuerdo por parte del progenitor residente, mayoritariamente se ha interpretado que el efecto es automático a partir del matrimonio del adulto afín con este³⁹⁸.

En último término, debe destacarse que el régimen propuesto no se prevé para todas las situaciones en que el adulto afín procede a convivir con el menor y su progenitor. Al contrario, los requisitos para su establecimiento que se expondrán a continuación están concebidos para diferenciar entre familias en las que adulto afín y menor no comparten ningún vínculo y aquellas en las que se da un vínculo diferente al parental, pero suficientemente profundo; siendo estas últimas aquellas para las que la regulación propuesta cobra sentido.

Aun así, para salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad de las personas involucradas y para asegurar un correcto reflejo de la realidad familiar de cada familia, el régimen que se plantea incluiría la posibilidad de exclusión voluntaria³⁹⁹.

³⁹⁷ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2201.

³⁹⁸ Se ha entendido que la necesidad de acuerdo operaría más bien como una posibilidad del progenitor-cónyuge a negarse a que opere dicho estatus, es decir, como una posibilidad de exclusión por su parte: Ludwig SALGO, *op. cit.* p. 422.

³⁹⁹ *Vid.* Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *op. cit.*, p. 544.

En primer lugar, el régimen de cuidador afín no se establecería como una obligación para los adultos afines. Esto ya es así en relación con la regulación catalana, por ejemplo, en la que los arts. 236-14 y 15 CCCat establecen el régimen del adulto afín como una facultad⁴⁰⁰. Es decir, cabe la posibilidad de renuncia por parte del adulto afín a participar en la crianza del hijo o hija de su pareja⁴⁰¹. En palabras de LAUROBA LACASA, el art. 236-14 CCCat establece una «[s]imple facultad que permite al padrastro intervenir en las decisiones cotidianas del menor y mejora el buen funcionamiento del núcleo familiar [...]»⁴⁰². Sin embargo, en ocasiones se ha tratado de manera diferenciada la renuncia al contenido personal de la relación y al contenido patrimonial. Respecto a este último, RIVERO HERNÁNDEZ considera que no se puede obviar el deber de sostenimiento que el derecho catalán impone durante la convivencia matrimonial del art. 231-2.2 CCCat, por mucho que se renuncie al estatuto de los arts. 236-14 y 15 CCCat⁴⁰³.

Por otro lado, el menor y el progenitor residente (al que el adulto afín asistiría en la crianza y cuidado del menor) también podrían excluir la aplicación de este régimen. En el contexto alemán, se ha producido cierto debate respecto de esta facultad del progenitor residente. De la literalidad del §1687b BGB, se desprende que el progenitor residente debe estar de acuerdo con la asunción de la *kleines Sorgerecht* por parte del adulto afín. Por ello, se entiende que la revocación por parte del progenitor cónyuge se puede dar en cualquier momento⁴⁰⁴. A pesar de ello, existen opiniones contrarias a esta interpretación. Por un lado, se considera que no tendría sentido dejar la aplicación de este régimen

⁴⁰⁰ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, n. 43; NAVAS NAVARRO, *op. cit.* p. 673. La literalidad del art. 236-14 CCCat, en este sentido, es clara: «El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor [...] *tiene derecho a* participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria» (énfasis añadido).

⁴⁰¹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2211.

⁴⁰² María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 858.

⁴⁰³ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña», *op. cit.*, pp. 67-68. *Vid.*, también, apartado 4 *infra*.

⁴⁰⁴ Heike HENNEMANN, «BGB § 1687b Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten», en Dieter SCHWAB, (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB. Band 10*, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2020, pár. 1, 8.

sujeta a la voluntad del progenitor, ni a la del adulto afín, ya que perdería su carácter de regulación estatutaria y sólo la separación permanente o una decisión judicial podrían excluir al adulto afín de su estatuto⁴⁰⁵. Por otro, se ha criticado que dé lugar a dudas sobre, por ejemplo, si implica o no la necesidad de un contrato; devalúe la posición del adulto afín; y cree motivos de disputa entre los miembros de la familia⁴⁰⁶. Sin embargo, considero que, a pesar de que se trata de preocupaciones legítimas, resulta más adecuado dejar cierto margen a la autocomposición familiar y permitir la exclusión de este régimen, si bien la regla sería la de la aplicación automática.

Por lo que hace a la posibilidad de exclusión por parte del menor, esta se erige como una forma de participación del menor, que contribuiría a garantizar su autodeterminación⁴⁰⁷. En este sentido, considero fundamental que esta pudiera configurarse de tal manera que, a partir de una determinada madurez, el menor pudiera instar la exclusión de manera autónoma. Es decir, sin necesidad de que contara con el acuerdo del progenitor residente (quien podría tener un interés en satisfacer a su pareja manteniendo el despliegue de este régimen) y con las debidas salvaguardas de que esta solicitud se hiciera con independencia del progenitor no residente (quien podría tener incentivos para influir en esta cuestión mediante la instrumentalización del menor).

Precisamente, el progenitor no residente no tendría la capacidad de excluir la aplicación del régimen de cuidador afín en relación con la pareja del otro progenitor. En relación con la regulación catalana, NAVAS NAVARRO considera que esta tampoco lo permite⁴⁰⁸. De manera similar, en relación con el derecho alemán, MUSCHELER considera que no es relevante el consentimiento del otro progenitor (quien, además,

⁴⁰⁵ Ludwig SALGO, *op. cit.*, pp. 421-422.

⁴⁰⁶ Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.*, p. 920.

⁴⁰⁷ En aplicación de este régimen, el menor ve como un adulto, con quien puede no haber decidido vivir, pasa a decidir aspectos de su vida que, aunque cotidianos, pueden ser relevantes para el menor: *vid.* Ludwig SALGO, *op. cit.* p. 419; Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.* p. 653.

⁴⁰⁸ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.* p. 651.

no ostenta responsabilidades parentales⁴⁰⁹) en tanto que el adulto afín solamente tiene poder de decisión respecto de las decisiones cotidianas y estas son cuestiones sobre las que un progenitor podría decidir unilateralmente⁴¹⁰. Por el contrario, el principio CEFL 3:18 sí que otorga esta facultad al progenitor no residente siempre que ostente la responsabilidad parental. Esta última opción me parece desproporcionada teniendo en cuenta el alcance, prácticamente limitado a cuestiones diarias del hogar, de las facultades del adulto afín. Permitir que, sin mediar justa causa, el progenitor no residente pudiera unilateralmente excluir la aplicación de este régimen puede suponer una intromisión ilegítima en la vida familiar del núcleo reconstituido.

Por último, la posibilidad de exclusión plantea la cuestión de su acreditación. Dado que se trata de un régimen cuya aplicación automática pretende precisamente proteger a los menores incluso en aquellos casos en que los adultos responsables no formalizan la relación familiar, no tendría sentido establecer la necesidad de registrar de alguna manera la condición de cuidador afín. La exclusión, sin embargo, sí que podría hacerse constar en el Registro Civil, como una cuestión relacionada con las responsabilidades parentales, en virtud del art. 71 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴¹¹.

2.2. Requisitos

2.2.1. Relación con el progenitor

A pesar de que, al considerar la conveniencia de otorgar el estatus de cuidador afín a una persona determinada, lo verdaderamente importante es la relación entre adulto y menor, la que se dé entre adulto afín y progenitor no es irrelevante. Aunque pueden darse otras configuraciones familiares en las que el menor conviva con su progenitor y otros adultos con quien mantiene una relación cercana⁴¹², es un elemento definidor de las familias reconstituidas que el adulto que

⁴⁰⁹ *Vid.* subapartado 2.2.3 *infra*.

⁴¹⁰ Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.* p. 919.

⁴¹¹ BOE núm. 175, de 22.07.2011 (de ahora en adelante, LRC).

⁴¹² Piénsese, por ejemplo, en una familia monoparental que convive con los abuelos.

convive con menor y progenitor sea la pareja de este último. Además, por un lado, esta relación puede utilizarse como una referencia indirecta del nivel de implicación y compromiso para con el menor; y servir para dar cierta concreción y seguridad jurídica a costa de reducir el ámbito de aplicación de las relaciones afines⁴¹³. Por otro, teniendo en cuenta la capacidad de obrar limitada de los menores, la participación de sus progenitores será ineludible, ya que las facultades y responsabilidades limitadas que conforman este régimen no pueden llegar a suplir el ejercicio de las responsabilidades parentales por su parte. Y, aunque es cierto que dicha participación no requiere que el adulto afín mantenga una relación afectiva con el progenitor, su avenencia será indispensable para el correcto funcionamiento del régimen propuesto.

En este sentido, podría argumentarse que restringir el estatus de adulto afín al cónyuge del progenitor es una manera de garantizar el suficiente compromiso y estabilidad también en la relación afín. Al haber contraído matrimonio, el adulto afín demostraría un mayor nivel de compromiso que al no hacerlo⁴¹⁴. Esta es la opción de la regulación alemana, en la que el §1687b BGB sólo contempla que ostente el *kleines Sorgerecht* el cónyuge del progenitor⁴¹⁵. Al exigir la formalización de la relación mediante el matrimonio, la legislación alemana excluye a las

⁴¹³ Piénsese en otras configuraciones de hogar en las que un progenitor y su hijo menor comparten vivienda con terceras personas por cuestiones económicas. En estos casos, resultaría muy inadecuada la aplicación automática del régimen de cuidador afín.

⁴¹⁴ A favor de esta idea, *vid.* Susan STEWART, «Contemporary American stepparenthood: Integrating cohabiting and nonresident stepparents», *Population Research and Policy Review*, vol. 20/4, 2001, pp. 345-364, p. 347; y, en relación con el derecho español, Celia CARRILLO LERMA, *op. cit.*, p. 100.

⁴¹⁵ Las personas unidas mediante una unión civil con otra persona del mismo género antes de 2017 (momento de aprobación del matrimonio entre personas del mismo género en dicho ordenamiento) también pueden acceder a este estatus; *vid.* §9 *Lebenspartnerschaftsgesetz*, disponible, en alemán, aquí: <https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html> (f.c.: 27.03.2023).

familias reconstituidas de facto⁴¹⁶, algo que es criticado por la diferencia de trato que supone en relación con los menores⁴¹⁷.

Si se analiza desde un plano de igualdad constitucional⁴¹⁸, puede argumentarse en contra de establecer esta diferencia de trato a los menores en función del carácter matrimonial o no de la relación que ha establecido su progenitor. Uno de los principales objetivos de las relaciones afines de cuidado es el de ofrecer mayor protección y garantías a los menores que pasan a convivir con la pareja de su progenitor. Es decir, la finalidad de la propuesta de regulación no es la de establecer un deber de auxilio o apoyo para con el cónyuge, sino una serie de facultades y responsabilidades para con un menor concreto. A pesar de que estos menores no son hijos del adulto afín, sí lo son de su pareja y, si se optara por excluir a las familias no matrimoniales, su protección en el hogar familiar se haría depender de la forma de institucionalización de la relación de su progenitor. Es decir, la norma estaría atribuyendo consecuencias distintas a categorías creadas por ella misma: familias reconstituidas matrimoniales y no matrimoniales. Estas

⁴¹⁶ Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», en Dagmar COESTER-WALTJEN, Katharina HILBIG-LUGANI, (eds.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 1. 2015*, Giesecking, 2015, pp. 203-222, p. 214. Algo especialmente relevante para el caso de España, teniendo en cuenta el descenso continuado de tasas de nupcialidad y la preferencia de las familias reconstituidas por la convivencia no matrimonial; *vid.* subapartado 2.1. del capítulo I *supra*.

⁴¹⁷ Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.* p. 919; Nina DETHLOFF, *op. cit.* p. 674.

⁴¹⁸ De entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación por razón del nacimiento (art. 14 CE), en relación con la obligación de protección de los hijos (art. 39.2 y 3 CE), resulta especialmente relevante la STC (Pleno) núm. 171/2012, de 4 de octubre, MP: D. Pascual Sala Sánchez (ECLI:ES:TC:2012:171), que declaró inconstitucional el art. 123.3 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que reconocía el derecho a recibir alimentos a cargo del cónyuge usufructuario de la herencia sólo a los hijos y descendientes comunes. En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que la finalidad de la norma era la protección de los descendientes del causante que precisaran de alimentos. Por tanto, la distinción que hacía la norma –la existencia de un previo vínculo con el beneficiario del usufructo– no era relevante. Todos los hijos del causante, ya fueran también hijos del cónyuge usufructuario o no, debían situarse en una posición equiparable. Para un análisis de este caso, *vid.* Alfredo RAMOS SÁNCHEZ, «Principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento: alimentos de hijos solo “comunes” con el cónyuge fallecido con cargo al usufructo viudal en el Derecho Civil de Galicia: nulidad», *Diario La Ley*, vol. 8001, 2013, p. 3.

dos categorías, en lo que a la finalidad de la norma interesa, podrían considerarse homogéneas. Es decir, la relación conyugal o no entre progenitor y adulto afín no determina necesariamente la afectividad de la relación entre este y el menor. Tras el mismo periodo de convivencia familiar, los hijos no comunes en una familia reconstituida no matrimonial se encontrarán, a efectos de la relación con el adulto afín, en la misma situación que los hijos no comunes en una familia de base matrimonial.

En este sentido, el resto de las regulaciones analizadas no exige que el adulto afín mantenga una relación matrimonial con el progenitor. En el derecho civil catalán, de acuerdo con el art. 236-14 CCCat, el adulto afín adquiere su estatuto jurídico tanto si está casado como si forma una pareja estable con el progenitor, de acuerdo con el art. 234-1 CCCat⁴¹⁹. Esta última puede constituirse bien mediante escritura pública, bien automáticamente al tener un hijo en común durante la convivencia, o bien tras el transcurso de dos años de convivencia ininterrumpida. El art. 252-3 CCAPDC, claramente inspirado en la regulación del CCCat, también permite la adquisición de facultades tanto por parte del cónyuge del progenitor como de su pareja estable⁴²⁰. Los ordenamientos jurídicos de Argentina y Cuba también reconocen al adulto afín con independencia de que esté casado o no con el progenitor: el art. 672

⁴¹⁹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2191.

⁴²⁰ Sin embargo, la propuesta no incluye ninguna explicitación sobre la constitución o el régimen jurídico de estas parejas no matrimoniales.

CCCN se refiere tanto al cónyuge, como al «conviviente»⁴²¹; y el art. 180 CFC, al cónyuge y a la «pareja de hecho afectiva»⁴²².

Ahora bien, renunciar a exigir el matrimonio con el progenitor puede provocar problemas de identificación y prueba a la hora de otorgar el estatuto de cuidador afín, especialmente en una regulación como la del CC que no reconoce explícitamente las parejas estables. Sin embargo, la ausencia de un reconocimiento explícito de este tipo de uniones no ha obstado para que generen ciertos efectos en otros ámbitos del derecho⁴²³.

⁴²¹ El art. 510 CCCN no requiere ningún acto jurídico para constituir una unión convivencial, sino que es suficiente el transcurso de dos años de convivencia para adquirir tal condición: Natalia DE LA TORRE, «Artículo 510. Requisitos», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 193. Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 135. La interpretación que se ha hecho del art 672 va incluso más allá y considera que la condición de «progenitor afín» la adquiere cualquier pareja no institucionalizada del progenitor aun cuando no hayan transcurrido los dos años de convivencia mínima para constituir una unión convivencial: Marisa HERRERA, «Artículo 536. Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 236.

⁴²² El art. 308 CFC tampoco requiere de formalización alguna para la constitución de una unión de hecho afectiva: es suficiente con «mantener un proyecto de vida afectivo en común permanente durante dos años» y que este sea exteriorizado públicamente.

⁴²³ Por ejemplo, en el art. 221.2 TRLGSS en relación con la pensión de viudedad: «A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho [...] mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja[...];» o el art. 16.1.b) LAU, en relación con la subrogación en la posición del arrendatario ante su muerte: «La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

En todo caso, dada una convivencia larga, que se genere o no la dependencia entre adulto afín y menor no depende de la institucionalización de la relación entre el primero y el progenitor. Este argumento conduce a la conclusión, con la que estoy de acuerdo, de que, en realidad, la única relación verdaderamente importante es la que se da entre el menor y el adulto, sin necesidad de que este tenga una relación de pareja con el progenitor, si bien que exista esta frecuentemente puede provocar el desarrollo de la primera. El matrimonio con el progenitor no necesariamente la garantiza, especialmente si no ha mediado convivencia de la familia con anterioridad a él. Así como tampoco la constitución de la pareja estable mediante escritura pública que permite, por ejemplo, el CCCat⁴²⁴. Ahora bien, la formalización de la pareja (ya sea matrimonial o no) sirve la función de delimitar mejor los casos en que probablemente se habrá dado cierta relación familiar entre adulto y menor y diferenciarlos de aquellos en que simplemente se convive con un tercero por motivos que nada tienen que ver con la formación de una familia⁴²⁵.

2.2.2. Convivencia con el menor

a) *Convivencia previa*

De lo expuesto en el subapartado anterior se desprende que lo verdaderamente relevante a efectos de establecer un estatuto de cuidador afín es que se verifique la existencia de una relación de afectividad y dependencia entre menor y adulto. Si no se desea realizar un análisis sobre su existencia en cada caso, establecer un período mínimo de convivencia previa resulta útil para asegurar que, al menos,

⁴²⁴ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 655. Por supuesto, tampoco la garantiza la interpretación que se ha realizado del art. 672 CCCN según la cual cualquier pareja del progenitor que conviva con este y el menor, sin ningún requisito temporal o de formalización de la relación, es considerado adulto afín. Se muestra crítico con este extremo, que llega a calificar de «una de las grandes debilidades de la ley»: Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 44. Para el autor, esta interpretación provoca problemas de identificación y prueba. Más allá de estos, considero que el principal problema que presenta es la de no requerir un periodo de convivencia previa con el menor que asegure la estabilidad de la relación.

⁴²⁵ Vid. n. 41313 y texto que la acompaña.

se ha tenido la oportunidad de desarrollar una relación familiar. De esta manera, la exigencia de un período suficientemente largo de convivencia mínima puede considerarse una especie de variable *proxy* que permita inferir que se ha desarrollado entre menor y adulto afín una relación tal que justifique el establecimiento de potestades y obligaciones⁴²⁶.

En este sentido, no resulta respetuoso con el interés superior del menor el criterio presente en la normativa analizada de otorgar el estatus de adulto afín en cuanto se adquiere el de pareja del progenitor, especialmente cuando este se puede adquirir sin convivencia previa. Destaca así la ausencia de exigencia de un periodo de convivencia previo⁴²⁷, que únicamente se da en un supuesto muy específico de la normativa catalana. El art. 236-15.3 CCCat exige una convivencia previa de dos años con el menor para que, en el caso de muerte del progenitor residente, el adulto afín pueda solicitar que se le atribuya un régimen de relaciones con el primero⁴²⁸.

En conclusión, no resulta conveniente otorgar potestades respecto un menor a cualquier pareja de un progenitor por el simple hecho de que esta pase a convivir con ambos, sino que previamente debe haberse dado una convivencia lo suficientemente estable y duradera para que la relación familiar se fragüe⁴²⁹. En este sentido, para establecer una

⁴²⁶ El TEDH ha establecido que, como norma general, la convivencia es una de las circunstancias más relevantes a tener en cuenta a efectos de determinar la existencia de «vida familiar» en el sentido del art. 8 CEDH: *vid.*, por ejemplo, *Katsikeros c. Grecia*, STEDH (Sección 1ª) de 21 de julio de 2022 (núm. de rec. 2303/19), pár. 43. La convivencia conjunta y la solidaridad familiar que esta genera es también el fundamento de otras obligaciones familiares en el ordenamiento jurídico español. Por ejemplo, como ya se ha señalado (*vid.* subapartado 4.2.1. del Capítulo I *supra*), la convivencia en el mismo hogar genera el deber de cuidado de parientes y otras personas a cargo de los cónyuges del art. 68 CC.

⁴²⁷ Vuelve a mostrarse crítico, en relación con la regulación argentina, Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 44. El proyecto legislativo en Catalunya, a diferencia del texto finalmente aprobado, exigía una convivencia mínima de 3 años; Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.* p. 654.

⁴²⁸ Este supuesto será analizado con más detenimiento en el subapartado 3.2. *infra*.

⁴²⁹ Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 129. De hecho, el mito del «amor instantáneo» que algunos progenitores desean que sus hijos sientan respecto al adulto afín puede ser una gran fuente de conflictos; *vid.* James BRAY y John KELLY, *op. cit.*, p. 114.

relación afín de cuidado, debería requerirse un período de convivencia previa de al menos dos años. Este es un periodo de tiempo que se encuadra dentro de los que algunos han considerado los años más conflictivos de las familias reconstituidas⁴³⁰. Es, además, un período de ya opera en el art. 236-15 CCCat y a efectos de constitución de una pareja estable en el derecho civil catalán, de acuerdo con el art. 234-1 CCCat, y en el aragonés, de acuerdo con el art. 305 CDFA.

b) Convivencia durante la aplicación del régimen

Además de este requisito de convivencia previa, adulto afín y menor deberán vivir juntos una vez el primero haya obtenido la consideración de cuidador afín para que esta subsista. Sin embargo, definir un concepto de convivencia que despliegue efectos jurídicos no es una cuestión fácil. La primera definición de convivencia *more uxorio* que realizó el TS requería que esta se desarrollara «en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años» y que fuera «practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar [...]»⁴³¹. La posterior jurisprudencia del TEDH, sin embargo, ha venido flexibilizando este concepto, al considerar que puede existir convivencia a efectos de «vida familiar», a pesar de no compartir permanentemente la misma residencia, si menor y adulto pasan largos periodos de tiempo juntos y mantienen una relación de dependencia afectiva y económica⁴³². En este sentido, jurisprudencia más reciente en nuestro país también ha ido restando importancia al hecho de compartir ininterrumpidamente el mismo hogar. Por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 42/2012, de 9 de febrero⁴³³, en relación con

⁴³⁰ Vid n. 83 y texto que la acompaña en el subapartado 3.1. del capítulo I *supra*.

⁴³¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de mayo de 1992, MP: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil. (ECLI:ES:TS:1992:19732), FJ 4.

⁴³² *Kroon y otros c. Países Bajos* STEDH de 27 de octubre de 1994 (núm. de rec. 18535/91). *Vid.* pár. 30 de la decisión: «Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto “family ties”».

⁴³³ MP: Excma. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias (ECLI:ES:TS:2012:624).

la convivencia marital con otra persona necesaria para la extinción de la prestación compensatoria, el TS consideró que existía «convivencia marital» entre dos personas que, a pesar de no compartir una «convivencia continuada bajo el mismo techo tuvieron una relación pública durante año y medio con vocación de estabilidad» durante la cual se produjeron «continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro»⁴³⁴. Ahora bien, no compartir un domicilio conjunto de manera continuada comporta la necesidad de probar que la relación supone un proyecto de vida en común con un grado de estabilidad, intimidad, comunicación de afectos e intereses y de publicidad comparable al matrimonio⁴³⁵. En línea con esta idea, hay quien describe convivencia entre menor y adulto afín como la circunstancia que se da siempre que el menor no haga una vida independiente de la familia y este hecho hubiera sido aceptado por la pareja del progenitor. Es decir, convivencia como voluntad de integrar en el hogar familiar (*affectio convictionis*)⁴³⁶. Aunque puede añadir complejidad, este análisis casuístico del concepto de convivencia podría servir al creciente número de familias que optan por una convivencia LAT⁴³⁷. Ahora bien, teniendo a disposición otros instrumentos de asunción expresa de responsabilidades parentales como propongo en los siguientes capítulos, una interpretación demasiado amplia de la convivencia como

⁴³⁴ También se ha considerado así en relación con el derecho civil catalán en las SSTSJ (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 31/2007, de 18 de octubre, MP: Ilma. Sra. Dª Teresa Cervelló Nadal (ECLI:ES:TSJCAT:2007:15324) y núm. 47/2009, de 26 de noviembre, MP: Ilmo. Sr. Enric Anglada i Fors (ECLI:ES:TSJCAT:2009:12035).

⁴³⁵ Así lo ha expresado el TSJC en diversas ocasiones: SSTSJ (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 14/2013, de 21 de febrero, MP: Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero (ECLI:ES:TSJCAT:2013:1727); núm. 6/2017, de 9 de febrero, MP: Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada (ECLI:ES:TSJCAT:2017:492); núm. 31/2019, de 29 de abril, MP: Ilma. Sra. Dª. Mª Eugènia Alegret Burgués (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2932) y núm. 83/2019, de 16 de diciembre, Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau (ECLI:ES:TSJCAT:2019:10656).

⁴³⁶ Sílvia DÍAZ ALABART, *op. cit.* p. 851; Fernando MORENO MOZO, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008, p. 163. Este último autor considera que este es el criterio relevante para determinar la existencia de convivencia a efectos del 1362.1 CC sólo para los hijos mayores de edad y emancipados; mientras que, en el caso de los menores sometidos a potestad, considera que el criterio debería ser el de ostentar o no la guarda.

⁴³⁷ *Vid.* n. 54 *supra*.

requisito tanto para el establecimiento como para la subsistencia de una relación afín de cuidado no resultaría adecuada. En este sentido, el hecho de que el progenitor residente ostente o no la guarda del menor, puede contribuir a concretar formalmente el tipo de convivencia necesaria para el establecimiento de una relación afín de cuidado. Precisamente, este es el criterio que utilizan las regulaciones analizadas. La necesidad de convivencia durante la aplicación del régimen se infiera de las exigencias de que el progenitor residente sea el titular único de responsabilidades parentales de acuerdo con el BGB; o de que ostente la guarda, ya sea compartida o en exclusiva, en el CCCat, el CCCN⁴³⁸ y el CFC.

2.2.3. El progenitor residente como guardador del menor

El hecho de que el progenitor residente en una familia reconstituida tenga atribuida la guarda del menor puede acabar de servir de indicador del carácter familiar que la relación afín pueda desarrollar o no⁴³⁹. La pareja de un progenitor no guardador tendrá, *a priori*, menos oportunidades para desarrollar una relación significativa con el hijo o hija de su pareja⁴⁴⁰. Por ello, el progenitor residente deberá tener atribuida la guarda para que pueda operar el régimen del cuidador afín.

En este sentido, en los ordenamientos analizados, puede distinguirse un modelo de sustitución de cuidados y uno de adición o complementariedad. Por un lado, el BGB apuesta claramente por una estrategia de sustitución. El §1687b BGB únicamente permite el ejercicio de la *kleines Sorgerecht* al adulto afín en aquellos casos en los que el progenitor residente tiene atribuida la responsabilidad parental en

⁴³⁸ Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 135.

⁴³⁹ Esta es una cuestión especialmente importante en las familias reconstituidas en que el menor cuenta con dos progenitores. Sin embargo, aunque infrecuente, también puede darse la circunstancia de que en los casos en que el progenitor residente es el único con el que cuenta el menor, este no ostente su guarda, por lo que el análisis de este requisito puede también extrapolarse a las situaciones en las que no es un segundo progenitor quien ostenta la guarda del menor o quien la comparte el progenitor residente, sino un familiar o persona cercana del menor.

⁴⁴⁰ María Elena LAUROBA LACASA, «Familias recompuestas y pluralidad de guardadores», *op. cit.*, p. 77.

exclusiva⁴⁴¹. En el ordenamiento jurídico alemán, aun sin ejercer plenamente un rol parental, el adulto afín ocupa parte de un espacio que ha dejado libre un segundo progenitor. En cambio, las regulaciones catalana, argentina y cubana, así como el CCAPDC y los Principios CEFL, en una estrategia más bien de adición, permiten la coexistencia de dos progenitores legales y adultos afines con facultades para decidir sobre los asuntos de la vida diaria del menor cuando convivan con este. El art. 236-14 CCCat, al otorgar el estatuto jurídico al adulto afín, se refiere «al cónyuge o conviviente en pareja estable que en cada momento tiene la guarda del hijo», por lo que el ámbito de aplicación del artículo incluye tanto situaciones de guarda individual a favor del progenitor pareja del adulto afín como de guarda compartida por ambos progenitores. El progenitor no tiene por qué ostentar la guarda en exclusiva, ni mucho menos ser el único titular de la potestad parental, sino que el art. 236-14 otorga este estatus también en los casos en que los progenitores comparten potestad y guarda⁴⁴². Los arts. 672 CCCN, 180 CFC, 252-3 CCAPDC y el Principio 3:18 CEFL tampoco distinguen entre estas circunstancias y se limitan a requerir que el progenitor tenga a su cargo el cuidado y la guarda del menor⁴⁴³. Estos instrumentos, pues, no se configuran como una herramienta de sustitución del progenitor no residente, sino que operan aun cuando este sigue estando presente en la vida del menor, sigue teniendo determinada la filiación a su favor y sigue ostentando la titularidad de la potestad parental, e incluso comparte la guarda con el progenitor residente.

⁴⁴¹ Heike HENNEMANN, *op. cit.*, p. 1, 3; Dagmar COESTER-WALTJEN, «Family forms and parenthood in Germany», en Andrea BÜCHLER, Helen KELLER, (eds.), *Family Forms and Parenthood*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 201-236, p. 226. Muchos autores alemanes son críticos con esta opción legislativa, atendiendo especialmente a la relevancia de los supuestos de potestad parental compartida; *vid.*, por ejemplo, Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.* p. 919; Nina DETHLOFF, *op. cit.* p. 674.

⁴⁴² No ocurre lo mismo en los casos de muerte del progenitor, de acuerdo con el art. 236-15 CCCat; *vid.* subapartado 4.2. *infra*.

⁴⁴³ En relación con el CCCN, *vid.* María Victoria PELLEGRINI, «Artículo 672 Progenitor Afín», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 506-508, p. 508. Nótese, además, que tanto el art. 651 CCCN como el 151 CFC favorecen la determinación de una guarda compartida frente a una individual.

La opción de adición aumenta la complejidad familiar, no solo al propiciar que el adulto afín y el progenitor no residente deban compartir, desde posiciones diferentes y en cierta medida, la crianza del menor, sino también al abrir la posibilidad de que existan, para el menor, dos cuidadores afines, además de dos progenitores legales⁴⁴⁴. Es precisamente el objetivo de evitar conflictos derivados de la ampliación del número de potenciales adultos afines lo que propició la opción restrictiva de Alemania⁴⁴⁵. En este sentido, NAVAS NAVARRO aboga por una interpretación correctiva del precepto catalán para que sólo sea aplicable en los casos de guarda individual y así evitar conflictos entre los adultos que incidirían en la esfera privada del menor⁴⁴⁶. Más allá del hecho de que esta opción dejaría fuera a un gran número de familias en que la guarda es compartida por ambos progenitores y el menor convive desde hace tiempo con la pareja de uno de ellos, considero que este requisito, si lo que se pretende es evitar una conflictividad excesiva, resulta desproporcionado. Como se verá en el apartado siguiente, el alcance de las decisiones que el adulto afín puede tomar se limita a los asuntos de la vida diaria, aquellos sobre los que el progenitor guardador en cada momento ya puede decidir unilateralmente y sobre los cuales difícilmente se darán conflictos de alta intensidad⁴⁴⁷.

En conclusión, el hecho de que el progenitor residente no ostente la guarda en exclusiva no debería suponer ningún problema a efectos del establecimiento del estatuto del cuidador afín. Al contrario, su admisión facilitaría la aplicación de este régimen teniendo en cuenta la tendencia al alza de la guarda compartida⁴⁴⁸. Cuestión más difícil es determinar si este régimen también debería aflorar en los casos en que el adulto afín es pareja de un progenitor no guardador, pero con quien el menor sí

⁴⁴⁴ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, p. 613. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2202. Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁴⁵ Lo señala críticamente Ludwig SALGO, *op. cit.* p. 418.

⁴⁴⁶ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.* p. 658.

⁴⁴⁷ Nina DETHLOFF, *op. cit.* p. 674. Además, me remito al análisis de la cuestión del aumento de la conflictividad en situaciones de multiparentalidad que realizo en el apartado 4 del capítulo IV.

⁴⁴⁸ *Vid.* subapartado 2.1. del capítulo I *supra*.

tiene un régimen de relaciones. Es especialmente relevante si tenemos en cuenta la creciente tendencia a otorgar regímenes de relaciones de intensidad elevada, en ocasiones prácticamente indiferenciables de una situación de guarda compartida⁴⁴⁹. Al igual que la que se mantiene con un progenitor, la relación entre menor y adulto afín no necesariamente va a depender de la calificación jurídica que se haga del tiempo que pasan juntos. Si bien en muchos casos sí se puede apreciar una diferencia importante entre ostentar la condición de progenitor guardador y no guardador⁴⁵⁰, en otros, la diferencia es simplemente respecto a la cantidad de tiempo compartido, pero no a la calidad del mismo⁴⁵¹. Sin embargo, en un intento de reducir la incertidumbre e indeterminación en relación con la atribución de este estatus al adulto afín, establecer como requisito para su aplicación el hecho de que el progenitor no residente ostente la guarda del menor puede contribuir a la mejor objetivación de la exigencia de una convivencia estable que garantice una relación familiar que justifique la aplicación del estatuto de cuidador afín.

2.3. Extinción

Finalmente, el estatuto de cuidador afín podría extinguirse, además de por su renuncia o exclusión voluntaria, por una serie de causas adicionales que ya se contemplan, aunque implícitamente, en las regulaciones actuales analizadas.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que esta relación jurídica concreta, cuyo contenido forma parte de las responsabilidades parentales sobre un menor, se extinguiría con la llegada a la mayoría de edad de este. En segundo lugar, la relación también se extinguirá si cesan sus presupuestos habilitantes. Así, la convivencia, y por tanto la relación afín de cuidado, puede verse truncada por la ruptura de la pareja de los

⁴⁴⁹ *Vid.* el subapartado 2.1. del capítulo I.

⁴⁵⁰ Por ejemplo, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar de acuerdo con el art. 96 CC.

⁴⁵¹ Cristóbal PINTO ANDRADE, «La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución», *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8/9, 2015, pp. 143-175, párr. 146-147.

adultos vía divorcio o separación⁴⁵², o en los casos en que el progenitor residente se vea privado de responsabilidades parentales. La muerte del progenitor residente, es decir, de la pareja del adulto afín, también producirá la extinción de la relación afín de cuidado.

Ahora bien, en algunos casos el cese de la convivencia no necesariamente comporta el truncamiento de la relación y la desaparición de cualquier vínculo jurídico entre menor y adulto afín. Tal y como expondré en los siguientes apartados, puede resultar conveniente mantener la subsistencia de ciertos vínculos si se dan unas circunstancias que lo justifiquen⁴⁵³.

3. Contenido personal de la relación

La relación afín de cuidado no implicaría el establecimiento de ningún vínculo de filiación o parentesco⁴⁵⁴, ni la asunción de la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental. Es decir, este régimen no equipararía ni formal, ni funcionalmente al adulto afín con un progenitor, pero sí le habilitaría para tomar decisiones diarias relativas a la crianza y educación del menor.

Dado su limitado alcance en lo que se refiere al conjunto de responsabilidades parentales, esta relación sólo puede tener lugar cuando es acompañada por otra en que estas se ostentan y ejercen al completo. Es decir, el adulto afín necesita de la colaboración de un progenitor-titular ya que, en solitario, sus facultades y obligaciones no son suficientes para llevar a cabo una crianza adecuada. Esto no comporta, sin embargo, que de cesar la convivencia con un progenitor

⁴⁵² *Vid.*, en relación con el derecho alemán: Heike HENNEMANN, *op. cit.* pár. 8.

⁴⁵³ En este sentido, *vid.* los subapartados 3.2 y 4.2 *infra*.

⁴⁵⁴ Sobre esta cuestión en el derecho catalán, es clara la SAP Lleida (Sección 2ª) 374/2016, de 29 de julio, MP: Dª Ana Cristina Sainz Pereda (ECLI:ES:APL:2016:765), FJ 4: «En el presente caso Hortensia no es hija del Sr. Romualdo y no tiene ningún parentesco con él, ni siquiera por afinidad, por mucho que forme parte de la familia reconstituida y que entre ellos hayan podido surgir importantes vínculos afectivos, como hija menor de edad de su cónyuge [...]». Sobre el parentesco, *vid.*, también, GARRIGA GORINA, «Les relacions paterno-filials de fet II», *op. cit.*, pp. 982-83; y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padastro/madrastra en el Código civil de Cataluña» *op. cit.*, p. 2206.

deba truncarse todo tipo de vínculo jurídico entre adulto afín y menor si el vínculo afectivo subsiste. Al contrario, el haber mantenido este tipo de relación afín será un argumento a favor de establecer algún tipo de relación incluso más allá de la convivencia, tal y como se verá en los siguientes subapartados.

3.1. Durante la convivencia

3.1.1. La intervención en el cuidado y las responsabilidades diarias

El régimen de cuidador afín permitiría al adulto que convive con el menor (y su progenitor) la intervención en el cuidado y toma de decisiones respecto de los asuntos de la vida diaria de este. Es decir, no ejercería responsabilidades parentales, sino que participaría en el ejercicio de las relacionadas con aquellos asuntos cotidianos sobre los cuales el adulto tiene un contacto directo por razón de la convivencia.

Esta es una propuesta similar a las que se hacen en el principio 3:18 CEFL, que permite al adulto afín «tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana» y en el art. 252-3 CCAPDC, que se refiere a «participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a su vida diaria». También es una facultad presente en los ordenamientos jurídicos y regulaciones analizadas en el presente capítulo. En Alemania, de acuerdo con el §1687b BGB, el adulto afín no deviene titular de las responsabilidades parentales sobre el menor, pero puede participar de las del progenitor que es su cónyuge decidiendo conjuntamente sobre los asuntos de la vida diaria del menor⁴⁵⁵. En Catalunya, el art. 236-14 CCCat permite que los adultos afines incidan en las responsabilidades parentales que los progenitores tienen respecto de los hijos con los que conviven⁴⁵⁶. Se trata de una facultad, que no de un derecho subjetivo, a

⁴⁵⁵ Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.*, p. 917; Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», *op. cit.*, p. 213; Heike HENNEMANN, *op. cit.*, p. 2; Ludwig SALGO, *op. cit.*, p. 420.

⁴⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, la SAP de Tarragona (Sección 1ª) 331/2016, de 5 de julio, MP: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan (ECLI:ES:APT:2016:1104): «Procede recordar al respecto de la relación de la niña con los nuevos compañeros de sus padres, que los

participar en la toma de decisiones diarias, es decir, en el ejercicio de algunas funciones de la potestad parental que ostenta el otro progenitor⁴⁵⁷. Al igual que en el derecho alemán, el precepto faculta al cónyuge o pareja estable a intervenir en la función parental participando en la toma de decisiones cotidianas⁴⁵⁸, pero en ningún caso le otorga la titularidad de la potestad parental o su ejercicio completo⁴⁵⁹. Las regulaciones argentina y cubana también contienen previsiones muy similares. De acuerdo con el art. 673 CCN, el «progenitor» afín puede tomar decisiones en el ámbito de la vida cotidiana del menor cooperando con su pareja en la realización de las tareas de cuidado

mismos no son extraños pasivos y meros espectadores de las relaciones del padre con sus hijos, [...] lo que si bien no supone la asunción de la potestad parental sobre ellos, sí implica esa participación en el gobierno del núcleo familiar, incluidos los hijos de su pareja, lo que le habilita para participar en su educación y formación a través de los asuntos relativos a su vida diaria».

⁴⁵⁷ NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 648. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2204. Así, «[...] no supone atribución de la potestad parental al conviviente en pareja estable o cónyuge no progenitor, ni tan siquiera ejercicio de ella, es decir, guarda y custodia del menor, sino simple derecho a participar en los asuntos de la vida ordinaria del menor»: MARÍA ELENA LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 858. De acuerdo con el artículo 236-1 CCCat, la titularidad de la potestad parental corresponde exclusivamente a los progenitores legales.

⁴⁵⁸ Este tipo de intervención ya había sido avalado por la jurisprudencia, aun sin previsión legal, en aplicación del *Codi de Família* (Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, de ahora en adelante, CF), en la SAP Barcelona (Sección 12ª) 508/2011, de 27 de septiembre de 2011, MP: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho (ECLI:ES:APB:2011:9988). En el caso, la madre de una menor solicitaba una modificación de medidas por la que se le atribuyera la guarda a ella en vez de al padre. Entre otros motivos, alegaba que «la custodia de facto de la menor Margarita, nacida el 20 de mayo de 1999, la ejerce la compañera sentimental del padre, la Sra. Montardit [en defecto del padre], cuya actuación no censura, sino que la considera loable, pero como no tiene parentesco con la menor, resulta extraño y ajeno a derecho que se ejerza la custodia por ella, en lugar de su madre». Sin embargo, el tribunal considera que no es cierto que la menor no haya estado bajo la guarda de su padre y que «la circunstancia de que la pareja del padre se cuide en ocasiones de la hija, no supone un argumento para el cambio de guarda y custodia, pues simplemente colabora o ayuda al mismo al ejercicio de la guarda y custodia, pero a quien le corresponde el ejercicio de la misma es al padre».

⁴⁵⁹ FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2203; CARMEN MARÍA LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 54.

ordinario del menor⁴⁶⁰. El art. 181.1 CFC, por su parte, prevé que la «madre» o «padre» afín coopere en la crianza y educación y realice los actos cotidianos necesarios para ello. En una línea similar a todas estas regulaciones, el cuidador afín no obtendría el ejercicio de las responsabilidades parentales sobre el hijo o hija de su pareja⁴⁶¹, sino una mera facultad de participación en las decisiones relativas a los asuntos de la vida diaria.

a) *El concepto de «asuntos de la vida diaria»*

Para la concreción de este tipo de asuntos, puede recurrirse a la realizada en las propias normas o por la doctrina en estos ordenamientos en relación con la actuación de los progenitores cuando estos viven separados y ambos ejercen responsabilidades parentales. Por ejemplo, en Alemania, el §1687 I BGB distingue entre los asuntos de interés relevante, que deben ser acordados por ambos, y aquellos que tienen que ver con la práctica diaria de la guarda del menor, que pueden ser decididos unilateralmente por quien ostenta la guarda en cada momento. Estos últimos acontecen cotidianamente y no implican ningún cambio ni efecto de importancia en el desarrollo de la personalidad del menor⁴⁶². Así, haciendo un paralelismo, para distinguir entre decisiones en las que puede participar un adulto afín y las que no, se utilizan los criterios de frecuencia y reversibilidad⁴⁶³. El CCCat también realiza la distinción entre actos cotidianos y de más envergadura en la regulación que se hace de la vida separada de los progenitores: el art. 236-8.2.c) CCCat permite actuar en solitario a los progenitores en los actos que, de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, normalmente hace una persona sola. A pesar de la diferencia terminológica, la doctrina apuesta por considerarlos

⁴⁶⁰ María Victoria PELLEGRINI, «Artículo 673 Deberes del progenitor afín», en Gustavo CARAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 508-509, p. 508. Cecilia P. GROSMAN, *op. cit.*, p. 244. *Ibid.*

⁴⁶¹ Esta posibilidad se reserva al régimen desarrollado en el capítulo siguiente.

⁴⁶² Heike HENNEMANN, *op. cit.*, pár. 2.

⁴⁶³ Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», *op. cit.*, pp. 215, 219.

como las decisiones que se toman con frecuencia en la vida diaria y que no condicionan de manera significativa el desarrollo del menor⁴⁶⁴. Partiendo de la premisa de que se trata de cuestiones que tienen que ver con los hábitos generales de la convivencia⁴⁶⁵, quedan excluidas del ámbito de decisión del adulto afín las decisiones que un progenitor no puede tomar en solitario. Entre estas, se encuentran legalmente previstas en el art. 236-11.6 CCCat las relativas al tipo de enseñanza de los hijos, cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y las relativas actos de administración extraordinaria de sus bienes (*vid.* art. 236-27 CCCat). También quedarían excluidas las decisiones relativas a los hechos relevantes que requieren de comunicación al otro progenitor (art. 236-12.1 CCCat)⁴⁶⁶.

De esta manera, cuestiones como la autorización para una excursión escolar o para acudir a un espectáculo público, la compra de vestido y calzado, decisiones sobre el visionado de ciertos programas de televisión o la autorización para realizar ciertas actividades en su tiempo libre se enmarcarían en el alcance de las potestades del adulto afín⁴⁶⁷. Por el contrario, quedarían excluidas decisiones como la elección de colegio y de modelo educativo, en particular, la formación religiosa; su iniciación en una religión; las relativas a los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas de cierta gravedad —si bien se admitirían decisiones de atención médica ordinaria—⁴⁶⁸; las de cambio de residencia; y las relativas a permisos para largas estancias fuera de casa⁴⁶⁹, entre

⁴⁶⁴ Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 123; María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-8. L'exercici de la potestat parental», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convencionals d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 827-831, p. 830.

⁴⁶⁵ Antonio VIDAL TEIXIDÓ, «Artículo 236-14...», *op. cit.*, p. 1269.

⁴⁶⁶ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 662.

⁴⁶⁷ Por ejemplo, para el caso de la regulación argentina, *vid.* Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁶⁸ Existe, sin embargo, la excepción de las situaciones de riesgo inminente, que analizo a continuación.

⁴⁶⁹ Sin embargo, hay quien apuesta por considerar, incluso, los viajes de vacaciones de corta duración como asuntos de la vida cotidiana, teniendo en cuenta que vivimos en una sociedad globalizada, en la que muchas personas cuentan con familiares en el

otras. En definitiva, todas aquellas que puedan conllevar consecuencias irreversibles en el desarrollo del menor⁴⁷⁰. No existe consenso respecto a actos de carácter patrimonial relacionados con la vida diaria del menor. Es así, por ejemplo, en relación con las decisiones relativas a los gastos ordinarios de preservación del patrimonio del menor o los actos de disposición de bienes de escasa cuantía⁴⁷¹, e incluso con la posibilidad de que el adulto afín ostente la representación del menor necesaria para algunos de dichos actos⁴⁷².

b) Ejercicio de la facultad

Tal y como he venido avanzando, el adulto afín ejercería su facultad de codecisión en determinadas materias propias de las responsabilidades parentales juntamente con el progenitor residente. Tratándose de asuntos cotidianos de escasa trascendencia, para evitar situaciones de bloqueo o la inoperatividad del régimen, debería preverse la presunción de que el adulto afín actúa con el consentimiento del progenitor cuando lo hace en el ámbito de sus facultades⁴⁷³. Así se entiende mayoritariamente en Catalunya y Argentina⁴⁷⁴. Como es natural, el adulto afín deberá actuar de buena fe, buscando el interés del menor y de acuerdo con la personalidad de este⁴⁷⁵.

extranjero; *vid.* Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», *op. cit.*, p. 215.

⁴⁷⁰ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2204.

⁴⁷¹ A favor de incluirlos, Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 123; en contra, Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 663.

⁴⁷² NAVAS NAVARRO, sin embargo, considera que debe entenderse incluida en la regulación catalana; *vid.* Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 650.

⁴⁷³ En derecho alemán, se ha criticado la interpretación del 1687b BGB que impone una actuación conjunta de adulto afín y progenitor en todo caso (Heike HENNEMANN, *op. cit.*, pár. 1; Ludwig SALGO, *op. cit.*, p. 422) por precisamente considerar que puede dar lugar a conflictos prolongados y a situaciones de bloqueo; Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», *op. cit.*, p. 216.

⁴⁷⁴ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2207; Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷⁵ «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2207.

Ahora bien, si se produjera un desacuerdo en alguna de estas materias entre cuidador afín y progenitor, el criterio de este último sería el que debería prevalecer. Esta regla, diferente a la que generalmente se prevé en relación con los conflictos entre progenitores, es la que prevén tanto el art. 236-14 CCCat, el art. 673 CCCN, el art. 181.2 CFC, como el art. 252-3.1 CCAPDC⁴⁷⁶. Configurando como se hace al adulto afín como un cuidador «secundario», no resulta desproporcionado o incoherente mantener el criterio de resolución de posibles desacuerdos entre ellos otorgando una preferencia por la opinión del progenitor⁴⁷⁷. Si bien, teniendo en cuenta que estas facultades se ejercen en momentos de convivencia y, en general, paz familiar, no es de esperar que la actuación del adulto afín sea fuente de excesivos conflictos entre este, el menor y el progenitor.

3.1.2. Ampliación de su alcance en situaciones de riesgo inminente

Más allá del régimen general de participación en las decisiones de la vida diaria, el alcance de las facultades del cuidador afín se vería ampliado en situaciones de riesgo inminente para el menor. Esto ya es así en todas

⁴⁷⁶ Se ha puesto de manifiesto que la preferencia por el criterio del progenitor hace que, en la práctica, este pueda acabar de delimitar el alcance de las facultades de su pareja. Por ejemplo, si el progenitor no quisiera que su pareja recogiera a sus hijos a la salida de la escuela, su criterio debería ser respetado y esta sería una facultad fuera del alcance al adulto afín: María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 859; Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 122.

⁴⁷⁷ En un paradigma en el que las familias reconstituidas únicamente pudieran optar a este régimen para regular las relaciones afines, este criterio seguramente resultaría injusto para muchas familias en las que el adulto afín asume un rol verdaderamente parental que lo sitúa, en la vida del menor, en posición de igualdad respecto de su progenitor legal. En este sentido, critican la regulación catalana: LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 55 y Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 672. Sin embargo, en la propuesta general que realizo en esta tesis doctoral, las familias en las que se dé esta circunstancia podrían optar por los regímenes que se proponen en los siguientes dos capítulos que sitúan al adulto afín en una posición de igualdad o relativa igualdad en relación con el o los progenitores. Aquellas familias que optaran por la regulación automática de las relaciones afines de cuidado serían, en la gran mayoría de casos, las que sitúan a progenitor y adulto afín en posiciones diferentes respecto de los menores de la familia y en las que tendrá, pues, sentido, priorizar el criterio del primero sobre el del segundo.

las regulaciones y propuestas analizadas, a excepción de los principios CEFL⁴⁷⁸. En estos casos, la pareja del progenitor puede y debe adoptar unilateralmente las medidas necesarias para asegurar el bienestar de este, que pueden llegar a ser más relevantes y trascendentales para la vida del menor que las relativas a la vida diaria para las que está legitimado en general. Es, por un lado, una habilitación extraordinaria en tanto que excede de las decisiones ordinarias de la convivencia⁴⁷⁹. Por el otro, se trata de una obligación de actuar en aquellos casos en que no hay tiempo de localizar al progenitor o progenitores ejercientes de las responsabilidades parentales⁴⁸⁰. De la decisión que tome, el adulto afín debe informar inmediatamente al progenitor⁴⁸¹, que deberá informar al otro, si procede, en virtud del deber de información recíproca que tienen los progenitores entre ellos.

Esta ampliación de facultades tan sólo se da en situaciones de riesgo inminente para el bienestar del menor; en el ámbito de su salud y de su integridad⁴⁸². Por ejemplo, ante accidentes o imprevistos en los que se deben tomar decisiones médicas urgentes. En estos casos, la situación debe tener un carácter extraordinario y sobrevenido⁴⁸³. Esta posibilidad de, en casos de riesgo, situar a adulto afín y progenitor transitoriamente ausente en la misma posición en relación con las responsabilidades parentales respecto del menor⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ §1687b (2) BGB; art. 236-14.3 CCCat; art. 763 CCCN; art. 181.1.c) CFC; y art. 252-3.2 CCAPDC.

⁴⁷⁹ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, p. 611.

⁴⁸⁰ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 669; Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 124; Ludwig SALGO, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁸¹ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2205. Heike HENNEMANN, *op. cit.*, párr. 6.

⁴⁸² María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 859.

⁴⁸³ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 669.

⁴⁸⁴ Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 124. Ludwig SALGO, *op. cit.*, pp. 420, 422.

3.2. Tras el cese de la convivencia

A pesar de que es frecuente que las familias reconstituidas atraviesen crisis que provoquen el cese de la convivencia entre menor y adulto afín, como ya he avanzado, la falta de previsión de reglas para esta situación es una de las principales limitaciones de las propuestas y la mayoría de los ordenamientos⁴⁸⁵. Estas únicamente atienden específicamente a la existencia previa de esta relación en los casos en que el cese de la convivencia se produce por la muerte del progenitor residente⁴⁸⁶. Esta falta de previsión explícita para este supuesto hace depender el mantenimiento de una relación que puede ser valiosa para el menor, y los recursos asociados a ella, de la voluntariedad y predisposición de los adultos⁴⁸⁷. Cualquiera que sea la causa de la finalización de la convivencia, el mantenimiento de vínculos tras su cese puede, en algunos casos, resultar beneficioso para el menor, en tanto que dicho cese puede haberse producido por razones que atañen exclusivamente a los adultos. Por ello, preservar la relación con el adulto afín a pesar de

⁴⁸⁵ Me refiero a normas más allá de las genéricas que regulan los efectos de la separación y el divorcio y las previstas para grupos genéricos de terceros, como los allegados; *vid.* apartado 4.2.1. del capítulo I. Se plantea esta cuestión DUPLÁ MARÍN, en «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa...», *op. cit.*, n. 17. Y en «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña». Así como también María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas», *op. cit.*, pp. 211-251. Carmen María LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 64.

⁴⁸⁶ VIDAL TEIXIDÓ apunta que tampoco se contemplan supuestos diferentes al fallecimiento del progenitor, pero similares, como, por ejemplo, su ausencia. Sin embargo, como el mismo autor apunta, parece razonable que pudieran ser reconducidos a la misma solución legal, «Artículo 236-15...», *op. cit.*, p. 1272. Una excepción a la norma general es el CFC que, en su art. 186, prevé la posibilidad excepcional de establecer un régimen de guarda, cuidado y comunicación entre menor y adulto afín tras la separación y el divorcio.

⁴⁸⁷ Marilyn COLEMAN, Lawrence GANONG, Luke RUSSELL, et al., «Stepchildren's Views About Former Step-Relationships Following Stepfamily Dissolution», *Journal of Marriage and Family*, vol. 77/3, 2015, p. 776. Los investigadores constatan que no es extraño que el contacto se mantenga tras una ruptura, pero también que en muchos casos en los que no este no se mantiene se debe a causas ajenas a los menores: conflicto de lealtades, progenitores que actúan como *gatekeepers*, la sensación de encontrarse en una situación ambigua que no saben resolver provocada por la ausencia de normas o directrices, etc. *Vid.* también Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, p. 114.

la crisis puede ser una manera de garantizar el interés superior del menor⁴⁸⁸.

En consecuencia, el posible cese de la convivencia familiar ha de ser previsto, incluso en relación con el régimen del cuidador afín que, como tal, se extinguiría en este supuesto. Aunque en derecho español se cuente con la posibilidad de asegurar judicialmente las relaciones del menor con sus «allegados», la falta de explicitación del adulto afín en este contexto contribuye a la continuación de la ambigüedad de su posición e indefinición de roles en momentos especialmente complicados como es la ruptura de la convivencia. Para contribuir a una clarificación en este sentido, el estatuto de cuidador afín comportaría una presunción *iuris tantum* de que la continuidad de la relación entre este y el menor redundaría en el interés y bienestar de este último. Así, ante una ruptura, voluntaria o por causa de muerte, de la relación de los adultos en una familia reconstituida, el que ha sido cuidador afín se situaría en una posición privilegiada respecto de la de otros terceros en relación con la solicitud de alguna medida personal relacionada con el menor. En los siguientes subapartados, pues, analizo las posibilidades de que establezca entre este y menor un régimen de relaciones o que el adulto afín obtenga la guarda del menor. Por otro lado, apunto algunas cuestiones relativas al procedimiento de divorcio y otras medidas a tener en cuenta en presencia de hijos no comunes.

3.2.1. Posibilidad de establecer un régimen de relaciones

Como he venido avanzando, extinguir cualquier tipo de relación entre un menor y un adulto con el que el menor ha convivido durante al menos los dos años anteriores puede no resultar acorde con el interés superior del menor, aunque este no sea su progenitor. Así lo ha considerado la jurisprudencia del TEDH, especialmente tras la decisión del caso *Nazarenko c. Rusia*⁴⁸⁹. En este, el tribunal reconoció el derecho

⁴⁸⁸ La separación repentina de un menor y uno de sus cuidadores supone la privación de un referente vital, en detrimento de su confianza y seguridad: Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD y Albert J. SOLNIT, *op. cit.*, p. 33 y ss.

⁴⁸⁹ STEDH (Sección 1ª) de 16 de julio de 2015 (núm. rec. 39438/13).

de los menores a relacionarse con terceros con los que no mantienen un vínculo legal o biológico, pero sí una relación social y afectiva importante⁴⁹⁰. Este derecho bidireccional⁴⁹¹, reconocido en el principio 3:25 CEFL, está presente en todas las regulaciones analizadas: en el art. 160.2 CC, relativo al derecho de los menores a mantener relaciones con otros parientes y allegados⁴⁹²; en el art. 236-4.2 CCCat, que permite reconocer un régimen de relaciones con abuelos, hermanos y otras personas próximas; en el ordenamiento jurídico alemán, en el §1685 BGB⁴⁹³; y en el argentino, en el que el art. 646.e) CCCN establece el deber de los progenitores de «respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo».

Estas disposiciones, sin embargo, no hacen ninguna referencia específica a la figura del adulto afín. En este sentido, el régimen de cuidador afín sería útil para identificar una relación que, al menos de manera presunta, resultaría beneficioso para el menor mantener tras el cese de la convivencia. Habiendo mediado convivencia durante al menos dos años, puede presumirse la conveniencia de mantener la continuidad de cierta relación que únicamente podrá denegarse de mediar justa causa⁴⁹⁴. Es decir, el estatus de cuidador afín obtenido tras

⁴⁹⁰ En el caso, tras descubrir la falta de paternidad biológica del recurrente respecto de la que había considerado su hija durante ocho años, los tribunales rusos extinguieron su paternidad legal y negaron cualquier posibilidad de contacto entre ambos (la legislación rusa tan solo reconocía el derecho de los menores a relacionarse con sus parientes). El TEDH consideró esta exclusión de la vida de la menor una vulneración del art. 8 CEDH.

⁴⁹¹ Aunque está pensado desde la perspectiva del menor y su interés superior, también se pretende garantizar un interés legítimo y el derecho a la vida familiar del tercero allegado: María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado...*, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁹² *Vid.* subapartado 4.2.1. del capítulo I *supra*. El art. 251-4.4 CCAPDC incluye también un precepto análogo a este.

⁴⁹³ Se trata de un precepto genérico al también pueden acudir los adultos afines tras el cese de la convivencia con el menor: Ludwig SALGO, *op. cit.*, p. 418. Para poder optar a relacionarse con este, debe probarse la relación socio familiar; esto es, la asunción de responsabilidad material en relación con el hijo, que se presume si la persona ha convivido con el hijo en una comunidad doméstica durante un largo período de tiempo.

⁴⁹⁴ El TS ha interpretado restrictivamente el alcance de las causas que pueden justificar la denegación del contacto con el menor en el caso de los abuelos: SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 359/2013 de 24 mayo, MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas

dos años de convivencia estable con el menor podría servir para presumir la consideración de allegado o persona próxima a efectos de garantizar la continuación de las relaciones con el hijo o hija de su pareja ante una eventual ruptura de la convivencia.

Para ello, podría, por un lado, prever la posibilidad de contacto post-ruptura en la regulación de su régimen específico. Esto es lo que ya hace el art. 186 CFC que dispone que «[e]xtinguido el matrimonio por divorcio, o la unión de hecho afectiva por acuerdo de la pareja o por decisión unilateral de uno de ellos, de suscitarse conflictos, puede interesarse ante el tribunal competente que este fije, con carácter excepcional, un régimen de guarda, cuidado y comunicación, cualquiera sea la modalidad que se adopte, en el que se reconozcan derechos a favor de la madre o el padre afín [...]». En derecho catalán, también se prevé un supuesto muy específico de cese de la convivencia de la familia reconstituida: el de la muerte del progenitor residente. En estos casos, el art. 236-15.3 CCCat permite al adulto afín solicitar el establecimiento de un régimen de relaciones con el menor siempre que este haya convivido con el adulto afín durante al menos dos años y que el régimen de relaciones redunde en su beneficio.

Por otro lado, también podría introducirse explícitamente una mención al cuidador afín en las previsiones genéricas expuestas *supra* para reforzar la posición como allegado o persona próxima del que ha sido cuidador afín. Si bien actualmente el de «allegado» en el sentido del art. 160 CC es un concepto jurídico indeterminado⁴⁹⁵, el legislador ha considerado oportuno explicitar la inclusión en su significado de los abuelos⁴⁹⁶, por un lado, y de los hermanos⁴⁹⁷, por otro, lo que ha servido

Quintana (ECLI:ES:TS:2013:2382) y núm. 689/2011 de 20 octubre, MP: Excma. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias (ECLI:ES:TS:2011:6491). Por lo que cabría pensar que lo mismo debería hacerse en relación con quien ha convivido con el menor durante al menos dos años, como es el caso del cuidador afín.

⁴⁹⁵ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado...*, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁹⁶ 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.

⁴⁹⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

para otorgar un merecido reconocimiento y legitimidad al interés de estos parientes del menor a relacionarse con él⁴⁹⁸.

Como ya ocurre en el caso de las personas allegadas en general, su extensión concreta deberá ser fijada en cada caso para que, en función de las circunstancias, se garantice adecuadamente el interés superior del menor⁴⁹⁹. Se ha señalado que este derecho no tiene el mismo alcance que el de la continuidad de las relaciones entre hijos y progenitores⁵⁰⁰. Sin embargo, El TS, en su sentencia de 12 de mayo de 2011⁵⁰¹, apuntó una serie de criterios para concretar el alcance de las comunicaciones y relaciones entre menor y allegado vía art. 160 CC⁵⁰². En primer lugar, debe constatarse cuál es la opinión y percepción del menor sobre la situación mediante la consulta de los informes psicológicos correspondientes; deben analizarse también las respectivas situaciones personales como, por ejemplo, la proximidad de sus domicilios; y la intensidad de las relaciones previas entre menor y solicitantes; así como también se debe asegurar que el establecimiento del régimen de relaciones no entorpezca el resto de las que mantiene el menor, por lo que estas deben ser identificadas y tenidas en cuenta.

3.2.2. Posibilidad de obtención de la guarda por parte del adulto afín

Por otro lado, en algunos casos, podría resultar conveniente ir más allá de un régimen de relaciones entre menor y adulto afín y otorgar a este la guarda del primero. La posibilidad de que terceros no progenitores obtengan la guarda de un menor ya se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico español si entre ambos existe una relación afectiva y esta opción es la que mejor garantiza el interés superior del

⁴⁹⁸ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «La Patria Potestad», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Matilde CUENA CASAS, (eds.), *Tratado de derecho de la familia*, 2ª, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 51-200, p. 116.

⁴⁹⁹ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁰⁰ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado...*, *op. cit.*, p. 127; Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁰¹ Decisión citada en la n. 2233 *supra*.

⁵⁰² Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, pp. 114-116.

menor⁵⁰³. En relación con las familias reconstituidas, podría ser así, por ejemplo, en casos en los que el menor hubiera convivido con la familia reconstituida y no con un progenitor no residente relativamente ausente. En este escenario, a pesar de la falta de institucionalización de la relación afín mediante un instrumento de los propuestos en los siguientes capítulos, el adulto afín podría haberse convertido en un referente parental para el menor.

Este es el supuesto que regula el art. 236-15.2 CCCat, si bien únicamente en casos en que el progenitor residente hubiera fallecido. El precepto *permite* la atribución de la guarda y las otras responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor premuerto que tuviera atribuida la guarda en exclusiva⁵⁰⁴. La regla general para el supuesto de la muerte del progenitor guardador que prevé el apartado 1 del artículo es que, si existe un progenitor superviviente, este recupere la guarda. Excepcionalmente, sin embargo, la autoridad judicial podría atribuírsela al adulto afín si el interés del hijo lo exigiera y se cumplieran dos requisitos: (a) que ambos hubieran convivido⁵⁰⁵ y (b) que se

⁵⁰³ María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss. *Vid.*, también, el subapartado 4.2.1 del capítulo I *supra*.

⁵⁰⁴ El derecho alemán no prevé una posibilidad similar a la del CCCat, al menos, de manera tan clara y explícita. El 1682 BGB permite que, en circunstancias excepcionales, el menor siga temporalmente residiendo con el adulto afín si así se evita un grave peligro para el menor. Sus potestades y obligaciones en estos supuestos son los de un curador (*Pflegeperson*) del §1688 BGB: Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.*, p. 917. Son críticas con este primer precepto por considerarlo demasiado restrictivo: Nina DETHLOFF, *op. cit.*, pp. 674-675. Kirsten SCHEIWE, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», *op. cit.*, p. 214. Nina DETHLOFF y Anja TIMMERMANN, «Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis», en Pia BERGOLD, Andrea BUSCHNER, Birgit MAYER-LEWIS, Tanja MÜHLING, (eds.), *Familien mit multipler Elternschaft*, Opladen-Berlin-Toronto, Verlag Barbara Budrich, 2017, pp. 173-194, p. 175. En el CCCN, el art. 657 permite la obtención de la guarda de manera genérica a «parientes»; una oportunidad perdida de haber incluido al adulto afín que critica Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰⁵ La norma no establece ningún plazo mínimo de convivencia al contrario de cómo se planteó en el proyecto legislativo inicial. Finalmente, en la tramitación parlamentaria del Libro Segundo del CCCat, se fijó un criterio cualitativo a valorar por la autoridad judicial y no el criterio cuantitativo más rígido de la convivencia mínima durante los tres años anteriores al fallecimiento: Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 2209. María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, p. 617. Llama la atención que no se imponga un requisito

escuchara al otro progenitor y al menor. En su momento, esta opción fue una novedad del CCCat celebrada, cuya necesidad había sido puesta de manifiesto con anterioridad⁵⁰⁶, si bien se presentaron propuestas de enmiendas aún más restrictivas durante su tramitación parlamentaria⁵⁰⁷. Más allá de que este precepto únicamente sea aplicable en casos de muerte del progenitor residente, otra de sus grandes limitaciones es la de la exigencia de que el progenitor fallecido hubiera ostentado la guarda en exclusiva, lo que excluye de su ámbito de aplicación los casos en que se había dado un régimen de guarda compartida entre progenitores⁵⁰⁸. Si bien cuando ambos progenitores han ostentado la guarda del menor, es evidente que el sobreviviente deberá seguir haciéndolo, no resulta del todo justificado excluir automáticamente la posibilidad de que el adulto afín pueda compartirla con este, tal y como, *de facto*, lo había venido haciendo junto con el otro progenitor. Además, si se tiene en cuenta la preferencia del CCCat por la guarda compartida, no se acaba de entender su exclusión en este supuesto, ya que comporta otorgarle un ámbito de aplicación limitado, diferente del previsto para las facultades del art. 236-14 CCCat y basado en un criterio demasiado rígido a mi juicio⁵⁰⁹.

temporal de convivencia en este supuesto y sí para establecer un régimen de relaciones entre adulto afín y menor, tal y como he expuesto en el apartado anterior. En este sentido, *vid.*, también, Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, pp. 655-656, 678-679.

⁵⁰⁶ Josep FERRER RIBA, «Article 132. Determinació», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 609-613, pp. 612-613. GARRIGA GORINA también exponía la misma carencia del *Codi de Família*, previo al CCCat y apuntaba a que, en defecto de un segundo progenitor, el adulto afín tenía la opción de constituir la tutela del hijo de su pareja fallecida; en «Las relaciones paterno-filiales de hecho», «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *op. cit.*, p. 10.

⁵⁰⁷ Me refiero a la enmienda del grupo parlamentario CiU núm. 453, que pretendía situar a todos los parientes por consanguinidad con prioridad al adulto afín: María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-15...», *op. cit.*, p. 862. *Vid.* la historia de la tramitación parlamentaria de este precepto en Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, pp. 127-129.

⁵⁰⁸ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña», *op. cit.*, p. 66; María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña...», *op. cit.*, p. 618.

⁵⁰⁹ La tendencia hacia la guarda compartida es creciente en los últimos años, especialmente en Catalunya. *Vid.* el apartado 2.1 del capítulo 1 para una exposición de los últimos datos. La exclusión de esta posibilidad, me parece, por tanto, una

El derecho cubano prevé los efectos del cese de la convivencia de la familia reconstituida de una manera más amplia y no condiciona la posibilidad de que el adulto afín obtenga la guarda del menor a que el progenitor residente hubiera ostentado hasta el momento la guarda del menor en exclusiva. De nuevo de acuerdo con el art. 186 CFC, la autoridad judicial puede excepcionalmente, atribuir la guarda a la *madre* o *padre* afín teniendo en cuenta el interés superior del menor, la intensidad de las relaciones afectivas entre ellos, la presencia de otros hijos o hijas comunes, el interés legítimo del adulto afín solicitante y la posición del progenitor no guardador en la vida del menor.

Ambas regulaciones, sin embargo, sí coinciden en caracterizar la posibilidad de otorgar la guarda al adulto afín como excepcional⁵¹⁰. Llama especialmente la atención en el caso catalán porque la propia aplicación del art. 236-15 CCCat ya requiere que, en vida del progenitor residente, el no residente no hubiera ostentado la guarda del menor. Aun así, la regla general es la de la atribución en favor de este progenitor y sólo excepcionalmente se considera la posibilidad de otorgarla al adulto afín con quien ha convivido el menor durante los últimos años. Precisamente porque es extremadamente complejo, si no imposible, establecer un criterio único para otorgar la guarda del menor, configurar la posibilidad de que el menor continúe residiendo con el adulto afín seguramente no sea la opción legislativa más adecuada⁵¹¹. Por otro lado, aunque el derecho cubano no requiere que el progenitor residente

manifestación de las reticencias a reconocer la figura del adulto afín en la vida de los menores y de la inclinación a hacerlo con más facilidad cuando se dan estrategias parentales de sustitución; *vid.* apartado 3.2.1 del capítulo 1.

⁵¹⁰ El CCCat requiere de la emisión de un informe por parte del Ministerio Fiscal para atribuir la guarda del menor al adulto afín. Llama la atención este requisito, dada su excepcionalidad en el CCCat. Aunque no es necesario que el informe sea favorable [especialmente tras la STC 185/2012, de 17 de octubre, MP: Encarnación Roca i Trias (ECLI:ES:TC:2012:185), en relación con el art. 92.8 CC], se presenta como un elemento más de cautela: María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-15...», *op. cit.*, p. 862.

⁵¹¹ Entre otras cosas, el mero hecho de pasar a convivir con su otro progenitor, quien no había sido su guardador con anterioridad, puede ser una causa de estrés y malestar adicional al hecho en sí de la muerte de su progenitor guardador; *vid.* Josep FERRER RIBA, «Article 132...», *op. cit.*, pp. 612-613. María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, *El allegado...*, *op. cit.*, p. 108.

hubiera tenido la guarda atribuida en exclusiva y establece una serie de cuestiones a tener en cuenta para atribuir la guarda del menor tras la ruptura, continúa apostando por configurar la posibilidad como excepcional y no supeditarla simplemente al análisis en el caso concreto del interés superior del menor y el resto de criterios que enuncia. Sin embargo, el precepto cubano es aplicable en casos de ruptura voluntaria, por lo que no es de extrañar que, pudiendo haber hasta dos progenitores guardadores, la posibilidad de que se le atribuya la guarda al adulto afín resulte remota y que se pretenda priorizar la guarda parental sobre la de quien probablemente sea un cuidador secundario.

Claramente, la asunción de la guarda y otras responsabilidades por parte del adulto afín resulta mucho más sencilla en aquellos casos en los que el otro progenitor se había, *de facto*, desentendido de sus hijos. En este supuesto, el adulto afín pasaría simplemente a criar en solitario tras el fallecimiento del progenitor o a compartir la crianza con el progenitor residente tras una ruptura de una manera similar a como lo haría una pareja de progenitores separados. Sin embargo, teniendo en cuenta nuestra realidad social, convendría ir más allá del paradigma de las estrategias de sustitución y prever que, aunque fuera de una manera excepcional, podrían darse situaciones en las que resultara beneficioso para el menor que el adulto afín obtuviera la guarda del menor incluso cuando ya ambos progenitores la tienen o la han tenido atribuida⁵¹². Aunque parezca una posibilidad remota, puede que, en el supuesto de muerte del progenitor residente y en aplicación de las normas actuales, esta posibilidad pueda acabar erigiéndose como la más beneficiosa para el menor. Si se piensa, por ejemplo, en un caso en el que se le atribuya la guarda al adulto afín, pero en el que también se fije un régimen de relaciones con el progenitor no residente en aras de potenciar el desarrollo de esta relación progresivamente⁵¹³, puede ocurrir que la

⁵¹² En este sentido, *vid.*, el apartado 2 del capítulo IV *infra*.

⁵¹³ Encontramos un ejemplo de esta situación en el AAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 406/2016 de 20 de diciembre, MP: Ilma. Margarita Noblejas Negrillo (ECLI:ES:APB:2016:4172A). En el caso, la AP decide otorgar la guarda del hijo menor al conviviente de la madre fallecida. Esta había ostentado la guarda individual de sus dos hijos en los últimos 7 años y su pareja había convivido con ellos durante todo este tiempo, convirtiéndose en un referente junto con la madre en su desarrollo. El padre,

mejora de dicha relación justifique, en el futuro, un régimen de guarda compartida entre ambos adultos. debería poder realizarse un análisis particular del caso sin necesidad de exigir explícitamente un requisito relativo a la guarda del menor. En esta valoración judicial, por supuesto, debería jugar un papel importante el régimen de guarda al que estaba sometido el menor hasta el momento, pero no siempre en el mismo sentido ni con la misma relevancia, puesto que puede haber otras circunstancias más importantes en cada caso concreto. En definitiva, haber convivido con el menor durante más de dos años y haber obtenido la consideración de «cuidador afín» puede situar al adulto en una posición relevante en el momento de decidir a qué persona o personas debe atribuirse la guarda de este. Al fin y al cabo, este ha compartido una cotidianidad estable y duradera en el tiempo, durante la cual ha participado en la toma de decisiones relativas a la vida diaria. Esta participación puede haber sido tan intensa que se considere inadecuado interrumpir la convivencia entre adulto afín y menor y que, por tanto, sea procedente atribuirle la guarda⁵¹⁴.

en cambio, había estado ausente en sus vidas llegando incluso a ser condenado por un delito de abandono de familia al no satisfacer los alimentos debidos a los hijos. Es por esto que la sentencia de instancia había acordado su privación de la potestad parental y la constitución de la tutela del menor a cargo de la pareja de la madre. La exploración psicológica del hijo menor determinó que redundaría en su bienestar mantener el entorno estable que venía teniendo antes de la muerte de su madre; es decir, seguir conviviendo y siendo criado por la pareja de ésta. Aun así, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y acordó no privar de potestad parental al padre, sino conceder al adulto afín la guarda del menor con funciones tutelares en virtud de los art. 236-15 y 225-3.2 CCCat. De esta manera, el tribunal suspende la potestad parental del padre, pero establece un régimen de relaciones quincenal entre ellos, con vistas a que desarrollen gradualmente su relación.

⁵¹⁴ Aun así, por supuesto, no se excluiría que de la valoración judicial se concluyera que no es adecuado otorgar la guarda al adulto afín. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, la SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 8/2015, de 8 de enero, MP: Ilma. Myriam Sambola Cabrer (ECLI:ES:APB:2015:162). En el caso, el adulto afín solicitaba, con el apoyo y beneplácito de la familia materna, obtener la guarda del menor tras la muerte de la madre del menor. Este rechazaba relacionarse con su padre biológico con el que había vivido durante 12 años, hasta que él y su madre rompieron su relación de manera conflictiva. El menor quedó a cargo exclusivamente de su madre, quien formó una nueva pareja con quien el menor convivió hasta la muerte de esta. La AP consideró confiar la guarda del menor al padre biológico y no al adulto afín por una serie de motivos. En primer lugar, porque determinó que el requisito de la convivencia sólo concurría en parte ya que esta había durado menos de dos años y no constaba la formalización de la pareja estable entre la madre y el solicitante. En segundo lugar,

Ahora bien, la operatividad de esta guarda puede ser un tanto limitada si no se atribuyen al adulto afín otras responsabilidades parentales. En este sentido, el art. 236-15.2 CCCat se refiere a la atribución de la guarda y «las demás responsabilidades parentales» al adulto afín⁵¹⁵. Estas permitirían que el adulto afín pudiera ocuparse del cuidado ordinario del menor sin necesidad de intervención del progenitor titular de la responsabilidad parental⁵¹⁶. En este sentido, me remito a la propuesta del presente trabajo sobre atribución de responsabilidades parentales al adulto afín ya sea en sustitución de uno de los progenitores, como en adición a ambos⁵¹⁷.

porque la madre no había realizado ninguna previsión testamentaria al respecto, a pesar de haber sufrido una larga enfermedad que le permitiría haber previsto o manifestado su voluntad. En tercer lugar, y donde radica verdaderamente la justificación de no otorgar la guarda al conviviente de la madre fallecida es en el hecho de que no quedó probado que esto redundase de manera beneficiosa en el interés superior del menor. Por un lado, el adulto afín no probó, de acuerdo con el tribunal, su idoneidad para ejercer las funciones parentales (la AP le reprochó no haber presentado plan de parentalidad junto con la demanda, ya que así «que hubiera permitido al tribunal conocer cuáles eran sus condicionamientos personales y materiales para hacerse cargo de las funciones que reclama»), carecía de empleo y, en opinión del tribunal, parecía que gran parte de su interés en obtener la guarda procedía de la posibilidad de gestionar la pensión de orfandad del menor y de tener atribuido el uso de la vivienda de la madre difunta. Por otro, no había conseguido probar la falta de aptitud del padre biológico o que la convivencia con este le reportara algún perjuicio mientras que la convivencia con el actor le fuese beneficiosa; circunstancia que el tribunal considera más bien a la inversa.

⁵¹⁵ Este inciso parecería diferenciar este supuesto del de asunción de la guarda por parte de personas próximas en virtud del art. 233-10.4 CCCat: María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-15...», *op. cit.*, p. 863.

⁵¹⁶ Aunque el precepto no sea explícito, al referirse al art. 236-15, el preámbulo del Libro Segundo del CCCat alude a que el otro progenitor no recupere la guarda: María Teresa DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa...», *op. cit.*, p. 740. En relación con esta cuestión, ante desacuerdos sobre decisiones relativas a la potestad parental como puede ser determinar el domicilio o la escuela del menor, se plantea la duda si debe recurrirse al art. 236-13 CCCat como si de un desacuerdo entre progenitores se tratara. Es favorable a esta aplicación analógica María Elena LAUROBA LACASA, en «Article 236-15...», *op. cit.*, p. 863.

⁵¹⁷ Por ejemplo, el art. 182 CFC prevé una delegación de las responsabilidades parentales en casos de incapacidad temporal del progenitor residente, siempre y cuando estas no pudieran ser ejercitadas por el progenitor no residente. Analizaré con más profundidad este tipo de delegaciones a lo largo del capítulo III. Simplemente menciono aquí esta posibilidad para poner de manifiesto cómo, en ausencia de convivencia con un progenitor ejerciente de responsabilidades parentales, se prevé la atribución de estas al adulto afín con un alcance más amplio que el de las decisiones de la vida diaria.

3.2.3. Hijos no comunes y procedimiento de separación

Por otro lado, más allá de la previsión de instrumentos que hagan posible el mantenimiento de la relación post-ruptura, también merece la pena reflexionar sobre el papel del menor en el procedimiento de divorcio o separación y las decisiones que en él se tomen. Aunque se trata de un tema esencialmente procesal que excede el ámbito de este trabajo, vale la pena apuntar ciertas cuestiones que merecen mayor análisis e investigación. En primer lugar, respecto a la posibilidad de tramitar notarialmente el divorcio o separación, que resulta incompatible con la presencia de hijos menores en la familia, el art. 82.2 CC no especifica que los hijos deban ser comunes, limitándose a establecer la inaplicabilidad del precepto «cuando existan hijos menores no emancipados». La obligatoriedad del divorcio judicial en caso de haber hijos comunes menores de edad tiene sentido en tanto que cuestiones como el ejercicio de la potestad parental sobre ellos son de obligado pronunciamiento judicial (art. 90.1.a CC). Ahora bien, podría defenderse su conveniencia también cuando convivían con la pareja hijos no comunes. Si bien estos contarían con otras medidas previamente acordadas en el marco de la separación de sus dos progenitores, en caso de tenerlos, muchas de las cuestiones a acordarse en el marco de un divorcio o separación pueden afectar a las vidas de los menores. Debería, pues, valorarse la posibilidad de que fueran tenidos en cuenta en el proceso, de una manera similar a cómo se hace respecto de los hijos comunes menores de edad⁵¹⁸ o, alternativamente, como los mayores de edad dependientes económicamente.

En este sentido, otras cuestiones a decidir en el proceso de separación o divorcio, más allá de la propia relación afín, pueden verse afectadas por la presencia de hijos no comunes⁵¹⁹. Por ejemplo, aunque no legalmente previsto, así lo ha considerado la Sala Primera (Sección 1ª) del TS en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar. En

⁵¹⁸ Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 685.

⁵¹⁹ Cecilia P. GROSMAN, *op. cit.*, p. 286. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas», *op. cit.*, p. 248.

sus sentencias núm. 563/2017, de 17 octubre⁵²⁰, y 79/2018, de 14 de febrero⁵²¹, el tribunal ha considerado que la presencia de hijos no comunes puede, si se dan además otras circunstancias, matizar la aplicación automática del art. 96 CC y no atribuir el uso de la vivienda familiar necesariamente al progenitor guardador del hijo o hija común⁵²².

4. Manutención del menor

A efectos prácticos, uno de los aspectos más relevantes del estatuto del adulto afín sea seguramente el de una posible obligación de manutención del menor. Sin embargo, determinar la conveniencia de establecerla y de qué modo es complicado dada la gran diversidad en las expectativas sociales respecto a la posición del adulto afín en la familia⁵²³.

⁵²⁰ MP: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI:ES:TS:2017:3732).

⁵²¹ MP: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas (ECLI:ES:TS:2018:413).

⁵²² En el primer caso tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo otorgaron la guarda de la hija común a la madre, pero no así el uso de la vivienda familiar, que fue otorgada a su expareja, padre de la hija común y otra hija menor de edad con la que convivía, en un régimen de relaciones, en dicha vivienda. Además de esta circunstancia, constaba que la madre disponía de una alternativa residencial adecuada y que la titularidad de la vivienda que había sido familiar correspondía a los padres del padre. El TS consideró, pues, que, atendiendo a las circunstancias del caso, conceder el uso de la vivienda a la madre por razón de la guarda de la hija común supondría privar a la hija no común de su residencia habitual con su padre; y a ambas hermanas de su espacio habitual de relación y socialización conjunta. Para un análisis de dicha sentencia, *vid.* Josep FERRER RIBA, «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017 (RJ 2017, 4528)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 108, septiembre-diciembre, 2018, pp. 51-68. En el segundo caso, el uso de la vivienda familiar también fue atribuido al padre del hijo común aunque la guarda lo fuera en favor de la madre porque este contaba también con dos hijas menores a su cargo y con una insuficiencia medios económicos para acceder a una alternativa a la vivienda familiar cuya titularidad y cuotas hipotecarias le correspondían en exclusiva.

⁵²³ Miriam J. MACLEAN, Deirdre DRAKE y Dianne MCKILLOP, «Perceptions of Stepfathers' Obligations to Financially Support Stepchildren», *Journal of Family and Economic Issues*, vol. 37/2, 2016, p. 291. Aunque se trata de un estudio realizado en Perth, Australia, considero que algunas de sus conclusiones principales, como la de la falta de criterio unánime sobre las obligaciones económicas del adulto afín, podrían ser extrapolables a la sociedad española. También es interesante el hecho de que, en sus respuestas, los encuestados tenían en cuenta y ponderaban factores estructurales

En el presente capítulo, me centro en la propuesta de cuidador afín, la de menor intensidad y compromiso de las tres que componen el sistema global de mi propuesta de *lege ferenda*⁵²⁴. Aun así, el cuidado «secundario» o complementario que un adulto afín en esta posición puede ofrecer al hijo o hija de su pareja también tiene una dimensión patrimonial o económica que debe reconocerse y analizarse su alcance, de nuevo, tanto durante la convivencia como tras la extinción de esta.

4.1. Durante la convivencia

En tanto que una relación afín de cuidado no establecería en ningún caso una relación de parentesco entre adulto afín y menor⁵²⁵, prever una obligación de alimentos como tal sería problemático desde el punto de vista de la coherencia sistemática y técnica. Además, a nivel material, tampoco parece que una obligación de alimentos resulte la consecuencia más adecuada para el régimen que se propone en este capítulo, especialmente teniendo en cuenta que se propone juntamente con otros dos de mayor relevancia práctica y efectos.

Las regulaciones argentina y cubana, que son las únicas de las analizadas que regulan específicamente la cuestión del sostenimiento económico como parte del estatuto del adulto afín⁵²⁶, sin embargo, optan

de las relaciones y otros factores situacionales, en vez de dar respuestas tajantes en abstracto. Por ejemplo, el hecho de identificar al adulto afín como parte de la familia, consideración totalmente contextual, enfatizaba su deber de contribución.

⁵²⁴ En el resto de capítulos, abordo la cuestión de la manutención del menor en cada una de las dos posiciones adicionales diferentes del adulto afín. Se trata de una cuestión que no puede obviarse al estudiar a las familias reconstituidas; especialmente en las que son precedidas por una familia monomarental. De acuerdo con el informe del Alto Comisionado Contra la Pobreza Infantil en España «Madre no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil», el riesgo de pobreza para los menores en hogares monomarentales simples era, en 2019, 20 puntos superior (47,3%) al riesgo medio en España (27,4%); p. 14.

⁵²⁵ *Vid.* n. 45454 *supra* y texto que la acompaña.

⁵²⁶ El régimen para el adulto afín que contienen tanto el CCCat como el BGB no incluye un contenido patrimonial específico ni referencia alguna a una posible obligación económica. Respecto a la falta de concreción de esta cuestión en derecho catalán, *vid.* Gemma RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la

precisamente por esta configuración: el establecimiento de una relación de parentesco por afinidad (arts. 536 CCCN y 20 CFC) y su derivada obligación de alimentos⁵²⁷. Los arts. 676 CCCN y 185 CFC establecen una obligación de alimentos a favor de los hijos del cónyuge o conviviente subsidiaria a la de los progenitores⁵²⁸, que se diferencia de una obligación de alimentos entre parientes tradicional al configurarse como protectora del menor y no recíproca⁵²⁹.

Ahora bien, tal y como avanzaba establecer una obligación de este tipo para el régimen de cuidador afín que deriva de la mera convivencia y únicamente implica cierta incidencia en las responsabilidades parentales cotidianas del menor y no una relación de parentesco me parece desproporcionado⁵³⁰. De esta manera, para esta primera propuesta de régimen, lo más adecuado sería establecer una obligación de mantenimiento derivada de la convivencia entre adulto afín y menor, y mientras dure esta, como parte del contenido del estatuto de cuidador afín.

sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de novembre de 2018», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, pp. 37-74, p. 58; para el caso alemán, *vid.* Heike HENNEMANN, *op. cit.*, p. 2. MUSCHELER considera insuficiente esta regulación y reclama una obligación de alimentos por parte del adulto afín que esté subordinada a la obligación de los progenitores. En su opinión, esta obligación no supondría una amenaza para las perspectivas de formar una nueva pareja de las personas con hijos y tampoco supondría un peligro grave de que las nuevas parejas forzaran a los progenitores a renunciar a la convivencia con sus hijos para evitar así su obligación de alimentos; principalmente porque, de facto, ya ocurre; *vid.* Karlheinz MUSCHELER, *op. cit.*, p. 919.

⁵²⁷ Además de que, en virtud de los arts. 455 y 520 CCCN, y 215 y 323.2 CFC los alimentos de los hijos no comunes también son gastos del matrimonio o la pareja en el derecho argentino y cubano respectivamente.

⁵²⁸ El progenitor no residente, pues, no podrá alegar el deber de alimentos del adulto afín para oponerse a cumplir la suya; María Victoria PELLEGRINI, «Artículo 676. Alimentos», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 511-512, p. 511.

⁵²⁹ Graciela Cristina IGNACIO, «Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», en Graciela MEDINA, Julio RIVERA, Mariano ESPER, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014. Esta cuestión será revisada en el subapartado 3.2.3. del capítulo III *infra*.

⁵³⁰ Así lo considera también FULCHIRON, en relación con las limitadas facultades personales que ofrece el régimen del progenitor afín en Argentina, *op. cit.*, p. 42.

Ya existe en nuestro ordenamiento jurídico una obligación similar, pero debida entre los miembros de la pareja. En el caso del CC, el concepto de cargas del matrimonio de los arts. 1318 y 1319 CC incluye el cuidado de las necesidades ordinarias de la *familia*, no únicamente de los cónyuges. Más específicamente, el art. 1362.1.II considera «la alimentación y educación» de los hijos no comunes que conviven con la familia una carga de la sociedad de gananciales⁵³¹. Es decir, la alimentación de los hijos no comunes únicamente es explicitada en relación con el régimen económico matrimonial de gananciales. Podría entenderse, pues, que los cónyuges sometidos a un régimen económico distinto no tuvieran la obligación formal de hacerse cargo de los gastos de alimentación y educación de un hijo no común. Ahora bien, son múltiples los partidarios de asimilar el concepto de cargas del matrimonio de los arts. 1318 y 1319 CC, aplicables a todo matrimonio con independencia de su régimen económico, al que se describe en el 1362 CC⁵³².

⁵³¹ El requisito de la convivencia fue introducido en la tramitación parlamentaria de la reforma al art. 1362.II operada por 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 19.05.1981 (de ahora en adelante, Ley 11/1981). En su momento, se consideró injusto atribuir esta obligación económica al matrimonio cuando los hijos no convivían dado que la falta de convivencia podía ser fruto de la negativa del cónyuge a hacerse cargo del hijo de la pareja, probablemente por haber nacido este con posterioridad al matrimonio y ser fruto de una infidelidad. Así, la introducción del requisito de la convivencia se realizó con el objetivo de evitar utilizar un criterio discriminatorio para con los hijos no matrimoniales. *Vid.* Patricia LÓPEZ PELÁEZ, *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 87-88. Los gastos generados por aquellos que no conviven, es decir, los gastos de los hijos o hijas del otro miembro de la pareja que no convivan en el hogar familiar, se configuran como una obligación de la sociedad de gananciales, pero no una carga, por lo que deberían ser reembolsados por el cónyuge progenitor en el momento de la liquidación. La sociedad, es decir, los bienes gananciales de ambos cónyuges, debe responder ante estos gastos, pero al no ser una carga propiamente dicha, podrán ser reintegrados en el momento de la liquidación del régimen: *Ibid.*, pp. 26-29, 77-78.

⁵³² Patricia LÓPEZ PELÁEZ, *op. cit.*, p. 77; María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 38-39; María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, *op. cit.*, p. 229; Carmen María LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 68-69. Por el contrario, considera ROCA TRIAS que sólo resulta lógico en

En el CCCat, la inclusión de los gastos de los hijos no comunes como carga del matrimonio es explícita e independiente del régimen económico aplicable. Así, el art. 231-5.2 CCCat dispone que «[s]on 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»⁵³³. En relación con las parejas estables no casadas, en cambio, el art. 234-3.1 CCCat deja la cuestión del sostenimiento de los hijos no comunes sometida a la libertad de pacto de los miembros de la pareja. Esto resulta un tanto incoherente si se contrasta con el hecho de que los arts. 236-14 y 236-15 CCCat reconocen el estatuto jurídico del adulto afín a las parejas estables de los progenitores⁵³⁴. A pesar de las críticas que legítimamente se realizan de esta configuración normativa y de los esfuerzos por realizar interpretaciones extensivas del precepto⁵³⁵, resulta de una interpretación

gananciales: Encarnación ROCA TRIAS, «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», *op. cit.*, p. 231.

⁵³³ De hecho, para ROCA TRIAS, el efecto fundamental que el CCCat otorga a la formación de una familia reconstituida matrimonial es el establecimiento de un deber de manutención mientras dura la convivencia en virtud del art. 231-5.2 CCCat. Encarnación ROCA TRIAS, «Artículo 231-1. La heterogeneidad del hecho familiar», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 513-518, p. 518.

⁵³⁴ María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-14...», *op. cit.*, p. 858. La autora se muestra partidaria de concebir las facultades del 236-14 y del 236-15 como una contrapartida a la obligación de contribuir a los gastos de los hijos de la pareja y viceversa.

⁵³⁵ Joan Carles SEUBA, plantea la posibilidad de que este concepto de gastos familiares sea extensible también a las parejas estables, en «Article 231-5. Despeses familiars» en Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dirs.) y Esther Farnós Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 78-80, pp.78-79. La expresión «gastos familiares», más genérica que gastos del matrimonio, también contribuye a dicha interpretación, especialmente si tenemos en cuenta el reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar del art. 231 CCCat que incluye también las relaciones familiares derivadas de la convivencia estable en pareja y las familias reconstituidas. De manera similar, también hay quien considera que el uso del término cónyuges se hace de manera genérica y que deben considerarse como simplemente «gastos familiares», sin que sea necesario el requisito del matrimonio; *vid.* Carmen María LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, pp. 59-60. Joan MARSAL GUILLAMENT, «Artículo 231-5. Gastos Familiares», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 533-535, p. 534. Por el contrario, RUBIO GIMENO considera,

literal y teleológica del art. 231-5.2, claro que el CCCat no impone esta obligación de sostenimiento a los miembros de una pareja estable⁵³⁶. Sin embargo, es una opción legislativa, a mi juicio, inapropiada para garantizar el bienestar de los menores⁵³⁷. Es, además, incongruente desde el punto de vista sistemático, al tener un ámbito de aplicación diferente al de los artículos 236-14 y 236-15 CCCat, que sí contemplan a las parejas estables para otorgar el estatuto jurídico de adulto afín, y el art. 236-22 CCCat, que establece la obligación de los hijos a contribuir a los gastos de la familia con independencia de la forma familiar⁵³⁸. Esta desprotección mayor de los menores que conviven en una familia reconstituida de base no conyugal es una clara consecuencia de asociar familia a matrimonio y, por tanto, haber regulado los gastos de los hijos no comunes como gastos familiares únicamente en sede matrimonial.

Para solventar esta desigualdad de trato y desprotección de los menores, sería conveniente unificar en uno solo el régimen de los gastos familiares relacionados con los hijos, quienes no deberían ver afectado su sustento

aunque sorprendida, que el precepto hace referencia, exclusivamente, a parejas casadas; *vid.* Gemma RUBIO GIMENO, *op. cit.*, p. 58.

⁵³⁶ La aprobación del Libro II del CCCat supuso la desregulación de los gastos comunes de las parejas estables contemplados en la regulación anterior, *ex arts.* 4 y 23 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. En palabras de su Preámbulo: «Mientras dura la convivencia las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes [...] El modelo de regulación de la pareja estable diseñado por el libro segundo es el más apropiado para la sociedad catalana actual. Ciertamente, el inicio de un proyecto de vida en común no se hace hoy únicamente por medio del matrimonio. A diferencia de otros países del entorno de Cataluña, sin embargo, la incidencia de la convivencia no matrimonial es relativamente baja y estudios recientes constatan que en parejas jóvenes se presenta como un fenómeno bastante diferente al matrimonio, a partir de indicadores como la duración, la estabilidad, la fecundidad o el grado de compromiso recíproco manifestado en actos como la puesta en común de bienes o cosas similares. Predomina la modalidad que la concibe como un matrimonio a prueba, bien porque la pareja se rompe o bien porque se transforma en matrimonio. Este hecho justifica prescindir de un estatuto jurídico de la convivencia estable en pareja, que es muy difícil de armonizar con la gran variedad de situaciones que presenta esta realidad».

⁵³⁷ Así lo considera también Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 667. En contra, *vid.* Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», *op. cit.*, p. 121.

⁵³⁸ Vale la pena señalar que el CC procede de la misma manera, regulando el deber de los «hijos» de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia en su art. 155.2°, con independencia de la forma familiar, siempre que vivan en el hogar.

por la forma jurídica de las uniones de sus progenitores con terceros⁵³⁹. Una solución de compromiso entre la autonomía de los convivientes, por la que aboga el libro segundo, y la protección de los menores, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, podría ser regular los gastos comunes de las parejas estables únicamente en los casos en los que existe convivencia también con menores⁵⁴⁰. En este sentido, otros derechos civiles del Estado español sí que extienden esta obligación a las parejas estables. En el CDFFA⁵⁴¹, además de incluir el sostenimiento de los hijos no comunes en sede de gastos matrimoniales [arts. 187 y 218.1.a) y d) CDFFA]⁵⁴², también lo hace en relación con los gastos comunes de la pareja estable (art. 307 CDFFA)⁵⁴³. Por su parte, en Navarra, las Leyes 80 y 109 FNN incluyen en el concepto de gastos del matrimonio y de la pareja estable necesarios para el sostenimiento de la familia las necesidades de todos los miembros de la familia que convivan⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Antoni BOSCH CARRERA, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en UNIVERSIDAD DE GIRONA, (ed.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 2005, pp. 241-274, p. 252.

⁵⁴⁰ Por una opción similar se decanta el CFC al considerar en su art. 322 que el régimen económico de las uniones de hecho afectivas queda a lo dispuesto mediante el acuerdo de sus miembros y, a la vez, establecer en su art. 323.2 una responsabilidad solidaria frente a terceros respecto de las deudas contraídas para solventar las necesidades ordinarias de los hijos comunes y no comunes.

⁵⁴¹ A pesar de que el modelo de estatuto jurídico para el adulto afín que propone el CDFFA es diferente al analizado en este capítulo en su vertiente personal, no lo es en lo que se refiere al mantenimiento económico del menor. En tanto que supone el ejercicio de responsabilidades parentales por parte el adulto afín, su vertiente personal será analizada en mayor profundidad en el capítulo IV *infra*.

⁵⁴² María del Carmen BAYOD LÓPEZ, *op. cit.*, p. 345.

⁵⁴³ Se trata de una cuestión un tanto incoherente si tenemos en cuenta que la normativa aragonesa, como expondré más adelante, sólo reconoce la figura del adulto afín en las parejas casadas; *vid.* subapartado 3.1. del capítulo III *infra*.

⁵⁴⁴ Recuérdese que la Ley 50 FNN considera «miembros de las familias reconstituidas a los hijos de cada progenitor que convivan en el mismo grupo familiar» (*vid.* subapartado 4.2.2. del Capítulo I *supra*): Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Ley 80», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 343-348, p. 345. La Ley 90 FNN, por su parte, sí que incluye explícitamente los gastos de alimentación y educación de los hijos no comunes en el concepto de cargas de la sociedad de conquistas.

Sin embargo, la regulación de un estatuto de «cuidador afín» podría suponer una reforma de mayor calado al establecer una obligación de mantenimiento de similares características a la debida entre cónyuges o miembros de una pareja estable, pero debida por parte del adulto afín al menor directamente con razón de la solidaridad familiar gestada durante la convivencia estable⁵⁴⁵. Esta permitiría solventar la problemática de la diferencia de trato entre regímenes económicos matrimoniales y derivados de la constitución de una pareja estable y, además, erigir a los menores como sujetos activos y no como meras cargas económicas que sus progenitores aportan al régimen económico de la pareja. En cuanto a la reciprocidad en este aspecto de la relación, nuestro ordenamiento contempla el deber de los hijos de contribuir a las cargas familiares, en la medida de sus posibilidades y con independencia de la forma de la familia de la que formen parte (art. 155 CC).

Ahora bien, deviene necesario determinar el alcance concreto de dicha obligación, teniendo en cuenta el complejo contexto de una familia reconstituida. En ella, aumenta el número de potenciales obligados y el fundamento de la obligación de cada uno en relación con una familia nuclear⁵⁴⁶. En primer lugar, queda fuera de toda duda el deber de los progenitores legales de alimentar a sus hijos e hijas, con independencia de si se ostentan o no responsabilidades parentales (arts. 110 y 154 CC; 58 CDFa; 235-2 y 236-17 CCCat; y Ley 52 FNN)⁵⁴⁷. En segundo lugar, la obligación del cuidador afín no supondría erigirlo en ningún caso como un responsable subsidiario de la prestación del progenitor no residente, tal y como sí sucede en los ordenamientos jurídicos de Argentina y Cuba. Por consiguiente, la aparición de un adulto afín en la vida del menor no debería tener impacto alguno en las obligaciones

⁵⁴⁵ A pesar de que, a efectos prácticos, las cargas familiares y la obligación de mantenimiento del cuidador afín pueden ser equivalentes (ambas tendrían su fundamento en la solidaridad familiar y se extinguirían con el cese de la convivencia) no lo serían del todo a nivel simbólico, ya que se reconocería como una obligación directamente para con el menor, derivada de la convivencia entre ambos.

⁵⁴⁶ Carmen María LÁZARO PALAU, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes...», *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴⁷ Encarnación ROCA TRIAS, «Artículo 231-1. La heterogeneidad del hecho familiar», *op. cit.*, p. 517.

económicas de sus progenitores, ya que estos son los verdaderamente obligados para con ellos⁵⁴⁸. Una interpretación similar es por la que se decantan la mayor parte de los tribunales españoles en relación con la obligación de contribuir a las cargas familiares del adulto afín: en tanto que su obligación es para con su cónyuge (o pareja estable, donde proceda), el adulto afín debería contribuir únicamente a la proporción de gastos necesarios del menor que corresponda al progenitor que ha formado una nueva familia, pero no devenir un verdadero responsable de la manutención del menor⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, «Cuestiones actuales sobre la determinación de la prestación de alimentos de los hijos y la contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios», en Carlos LASARTE, María Dolores CERVILLA, (eds.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, València, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 453-4896, p. 482.

⁵⁴⁹ Esta es la interpretación por la que se decanta el TSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) en su sentencia núm. 4/2008, de 12 de mayo, MP: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez (ECLI:ES:TSJAR:2008:503). El tribunal recuerda que las personas obligadas a prestar alimentos a los hijos menores son sus progenitores, ya que esta es una obligación configurada una consecuencia directa e incondicional de la relación paterno filial. La sentencia deja claro que dichas obligaciones subsisten incluso cuando uno o ambos progenitores hayan contraído nuevo matrimonio o formado una pareja estable no casada y que la regulación de la posición de la nueva pareja del progenitor en la legislación aragonesa no supone la extinción de la obligación alimenticia de los progenitores. El adulto afín no asume ninguna obligación para con los hijos de su pareja, sino que la obligación de prestar alimentos del progenitor que es su cónyuge o conviviente pasa a ser una deuda común del matrimonio o una carga común de la pareja estable. En definitiva, la nueva unión no tiene ningún efecto sobre la deuda de alimentos de la que es responsable el otro progenitor, de lo que claramente se deduce que no se establece una obligación autónoma derivada de la autoridad familiar. Este razonamiento es perfectamente extrapolable al resto de derechos civiles españoles. La ineludible contrapartida de esta interpretación es que los gastos de los hijos menores son en todo caso prioritarios a los de los hijos de la pareja. Así, las AAPP de Girona (Sección 1ª) y Barcelona (Sección 12ª), en sus sentencias núm. 481/2019, de 27 de junio, MP: Fernando Ferrero Hidalgo (ECLI:ES:APGI:2019:897) y núm. 1007/2018, de 7 de noviembre, MP: María Gema Espinosa Conde (ECLI:ES:APB:2018:10761) respectivamente rechazan la pretensión de padres alimentistas para reducir la pensión debida a sus hijos tras haber formado familias reconstituidas con sus nuevas parejas. En ambos casos, las pretensiones son desestimadas dado que no existe obligación de alimentos del recurrente hacia los hijos menores de los cónyuges. A pesar de que son gastos familiares, son prioritarios los de los hijos propios, a los cuales no pueden generar un detrimento o perjuicio en ningún caso. La Audiencia de Barcelona, además, señala al otro progenitor del hijo de la pareja del actor como responsable de la manutención de los hijos. Sin embargo, ninguna de las dos sentencias entra a analizar si efectivamente las necesidades de los hijos de la pareja están cubiertas por su otro progenitor y cuáles serían las consecuencias económicas para el adulto afín de un

En tanto que los gastos familiares o matrimoniales van más allá del criterio de la necesidad⁵⁵⁰ y se determinan de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia en cada caso⁵⁵¹, algunos autores señalan que la obligación del adulto afín con base en ellos consistiría en compensar un posible nivel de vida más alto en la familia afín que en la familia nuclear precedente⁵⁵².

En conclusión, el cuidador afín estaría obligado a proporcionar directamente al menor el sustento necesario para equiparar su nivel de vida con el del resto de la familia, en función de su capacidad económica y de situación de este (teniendo en cuenta los alimentos provistos por sus progenitores). De igual manera que en relación con su conceptualización mediante los gastos del matrimonio o de la pareja estable, su mayor relevancia práctica sería la de evitar posibles reembolsos tras la ruptura⁵⁵³.

incumplimiento reiterado y/o permanente del progenitor no residente que es suplido por su pareja, el progenitor residente.

⁵⁵⁰ Respecto a la exigencia o no de necesidad, esta resulta problemática en derecho catalán. El art. 231-5 CCCat considera gasto familiar los alimentos de los hijos no comunes que convivan, siempre que los necesiten. Este inciso sobre la necesidad ya estaba contemplado en el anterior *Codi de Família*. Para EGEA, resultaba problemático en tanto que, precisamente, este requisito acercaría la obligación de mantenimiento, equivocadamente, al régimen de alimentos entre parientes. *Vid.* Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Article 4. Despeses familiars», en en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 93-105, p. 101. Seguramente, una manera de interpretar este inciso sin caer en la contradicción que se pone de manifiesto sea la de considerar que la obligación de contribuir a los alimentos del hijo no común opera de manera subsidiaria a la obligación de alimentos que tienen los progenitores; especialmente el no conviviente, si existe. MARTÍN CASALS opta por interpretarlo como un deber del adulto afín de suplementar los alimentos del progenitor no residente hasta alcanzar el nivel de vida de la familia reconstituída; *vid.* Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de catalunya», *op. cit.*, p. 120.

⁵⁵¹ Patricia LÓPEZ PELÁEZ, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁵⁵² María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, *op. cit.*, p. 232; Miquel MARTÍN CASALS, «Els pares i mares socials al Codi civil de catalunya», *op. cit.*, p. 120.

⁵⁵³ En este sentido, *vid.* Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 264.

4.2. Tras el cese de la convivencia

De la configuración del deber de sostenimiento de los hijos de la pareja por parte del adulto afín como derivados de la solidaridad familiar existente durante la convivencia se deriva lógicamente que, al cese de la convivencia (ya sea por crisis familiar o por muerte del progenitor residente), cualquier deber legal de mantenimiento se extinguiera. Además, parece razonable mantener el mismo criterio que en relación con la vertiente personal del estatuto de cuidador afín, que se extinguiría también tras el cese de la convivencia familiar.

Así es ya en la actualidad en derecho español, catalán y aragonés en relación con los gastos matrimoniales y/o de la pareja estable⁵⁵⁴ En este sentido, es clara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya núm. 6/2006, de 23 de febrero, al considerar 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» (FJ 2). Al no haber parentesco legal, ante el cese de la convivencia no subyace ningún deber de alimentos, a diferencia de lo que sucede en el marco de una relación de filiación. El ordenamiento jurídico tampoco prevé mecanismos alternativos: ante la ruptura de la relación de los adultos, se extingue cualquier obligación económica para con el menor, con independencia de cuál sea su situación. A diferencia de la previsión de instrumentos como la prestación compensatoria ante la disolución del matrimonio entre los adultos (art. 97 CC), el derecho positivo no prevé que la solidaridad familiar entre adulto afín y menor pueda extenderse una vez truncada la convivencia⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Margarita GARRIGA GORINA, «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *op. cit.*, p. 9; Susana NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, p. 666.

⁵⁵⁵ Encarnación ROCA TRIAS, «La regulación de les families recompostes o reconstituïdes», *op. cit.*, p. 234. GETE-ALONSO y SOLÉ RESINA proponen, precisamente, que el hecho de tener un hijo propio pueda ser considerado a la hora de calcular la posible prestación compensatoria para el ex-cónyuge. Ahora bien, uno de los ejes principales que permean todo este trabajo es la de reconocer cierta autonomía a la relación entre el adulto afín y el hijo menor de su pareja, por lo que considerarlo simplemente como una carga más de su progenitor desvirtúa completamente la idea del menor como sujeto de derechos; además, de hace depender su sustento de la

Ahora bien, tal y como me refería a la posibilidad de que fuera en el momento de la ruptura de pareja en el que se reevaluara la relación personal entre menor y cuidador afín, el rol jugado por el último en relación con el sostenimiento económico del primero también podría ser reexaminado en este momento. En este sentido y dado que el régimen propuesto en este capítulo sería aplicable tanto a aquellas familias en las que no existe una relación equivalente a la parental como para aquellas en las que sí pero no institucionalizan su situación de ninguna manera, podría preverse también una posibilidad excepcional de establecer judicialmente algún tipo de obligación económica para con el menor cuya manutención la hubiera asumido esencialmente el adulto afín durante la convivencia familiar. Esta posibilidad será analizada en el subapartado 4.2.3. del capítulo IV *infra*.

institucionalización o no de la relación entre adultos, dado que las parejas de hecho no tienen derecho a compensaciones de este tipo en la mayoría de regulaciones: María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLE RESINA, *op. cit.*, p. 241.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDADES PARENTALES DEL ADULTO AFIN

1. Responsabilidades parentales de terceros cuando existen progenitores funcionales

Algunas familias reconstituidas pueden no ver suficiente el estatuto para el adulto afin propuesto en el capítulo anterior y, a la vez, pueden no considerar adecuado establecer una relación de filiación entre este y el menor a partir del recurso a la adopción, tal y como se propone en el capítulo siguiente. Así, en este capítulo, se aborda la segunda opción disponible para regular la relación afin: el ejercicio de las responsabilidades parentales sobre los hijos o hijas menores de la pareja. Esta se plantea para aquellas familias en las que el vínculo entre menor y adulto se asemeja funcionalmente a una relación parental por lo que hace a la crianza ordinaria del menor. De esta manera, el adulto afin asumiría formalmente el ejercicio de las responsabilidades parentales⁵⁵⁶, pero no se establecería entre ambos en una relación de filiación⁵⁵⁷. El principal atractivo de esta propuesta radica, entonces, en la posibilidad de obtener un estatus de «responsable parental» mientras dura la crianza, sin las consecuencias más amplias y permanentes que produce la adopción⁵⁵⁸.

Reconocer a un tercero cuidador (por ejemplo, un adulto afin) como un responsable parental de un menor con garantías de estabilidad durante la minoría de edad puede contribuir a mantener un vínculo emocional entre este y el menor y evitar truncamientos arbitrarios que puedan afectar negativamente a su bienestar emocional. Además, la asunción de

⁵⁵⁶ Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...» *op. cit.* *Vid.* apartado 3 del capítulo II *supra*.

⁵⁵⁷ Esta última posibilidad quedaría exclusivamente reservada al instrumento de la adopción. *Vid.* el último capítulo, en el que se propone una adopción del hijo o hija de la pareja que no necesariamente extinga los vínculos de origen con la familia del progenitor no residente.

⁵⁵⁸ Christine BUDZIKIEWICZ, *op. cit.*, n. 165.

responsabilidades parentales tiene el potencial de reconocer el rol del adulto afín en la crianza sin necesidad de relegarlo a una posición secundaria⁵⁵⁹. De esta manera, puede reflejarse mejor la realidad de aquellas familias en las que el adulto afín adopta un rol funcionalmente equivalente al de un progenitor, al menos en la mayoría de aspectos. Por otro lado, puede ser un instrumento útil para establecer una relación jurídica temporal antes de proceder a la adopción si, tras la experiencia como responsable parental, se considera conveniente establecer una relación de filiación.

El carácter funcional de las responsabilidades parentales es especialmente evidente⁵⁶⁰, por lo que no es extraño que existan instrumentos para su asunción por parte de terceros no progenitores⁵⁶¹. De hecho, en el contexto europeo, los principios CEFL relativos a la responsabilidad parental admiten que otras personas diferentes a los progenitores del menor ostenten responsabilidades parentales adicionalmente o en sustitución de estos⁵⁶².

⁵⁵⁹ Con «posición secundaria», me refiero a la opción del «cuidador afín» desarrollada en el capítulo anterior. En el mismo sentido, *vid.* Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», *op. cit.*, p. 357: «A “minor” form of parental responsibility here creates a hierarchy and may well lead to the feeling of only having an “inferior link” to the child—or perhaps, by extension, even for the child to have an inferior link to the new parental figure. This type of conflict undoubtedly can be detrimental to the child. It could be avoided and the issue easily resolved by giving the new spouse parental responsibility in addition to those who already have it, so without extinguishing any of the existing parental responsibilities».

⁵⁶⁰ Las responsabilidades parentales implican un *ejercicio*; una relación estrecha y basada en el cuidado entre adulto y menor, que no se limita al plano simbólico. *Vid.* subapartado 5.2. del capítulo I *supra* en relación con el concepto de parentalidad funcional.

⁵⁶¹ Por ejemplo, la CNUDN reconoce, implícitamente, la posibilidad de que terceros sean responsables del menor. Su artículo 3.2 establece que «Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores *u otras personas responsables de él ante la ley...*» y su art. 5 que «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de *los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre Local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño...*» (énfasis añadido).

⁵⁶² Principio 3:2(2): «Salvo en lo dispuesto en los Principios siguientes los titulares de la responsabilidad parental son: [...] (b) otras personas distintas de los padres del niño que tengan la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres». El principio 3:9 establece, aún más explícitamente, que: «La responsabilidad parental puede atribuirse en todo o en parte a una persona distinta que el padre o la madre».

En nuestro ordenamiento, únicamente es posible que terceras personas asuman el ejercicio de funciones asimilables a las responsabilidades parentales en defecto de ambos progenitores⁵⁶³. Es decir, en situaciones en las que los menores se encuentran temporalmente desatendidos por sus progenitores entran en juego las instituciones de protección del menor como la tutela (arts. 199 y ss. CC), el acogimiento (arts. 172 y ss. CC) o la guarda de hecho (arts. 237 y 238 CC)⁵⁶⁴. Sin embargo, en las familias reconstituidas, los hijos e hijas menores no se encuentran desatendidos, sino que el rol parental que el adulto afín pueda ejercer será complementario al de al menos uno de los progenitores. Esta es una posibilidad, pues, que debería empezar a admitirse también en el ordenamiento jurídico español reconociendo instrumentos que permitieran la asunción de responsabilidades parentales por parte del adulto afín⁵⁶⁵. Ahora bien, el reconocimiento de un tercero responsable parental cuando el menor ya se encuentra bajo el cuidado de algún progenitor puede hacerse en sustitución de uno de ellos y, por tanto, manteniendo el binomio parental en lo que hace al ejercicio de responsabilidades parentales; o en adición a ambos, provocando una

Respecto al ejercicio, el principio 3:17 establece que: «Una persona distinta que un padre puede ejercer en todo o en parte la responsabilidad parental adicionalmente o en sustitución de los padres». Por su parte, el Reglamento Bruselas II ter define como «titular de la responsabilidad parental» a «cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor» (art. 2.8), no limitando este concepto a los progenitores.

⁵⁶³ Debe hacerse la precisión de que, tal y como ya se ha visto más arriba y cómo se verá más en profundidad a lo largo de este capítulo, el CDFA permite que terceras personas como abuelos, hermanos o adultos afines ejerzan la autoridad familiar en sustitución de uno o dos progenitores. Por otra parte, no está de más referirse en este punto al hecho de que la adopción, tal y como se reguló inicialmente en el CC, con efectos simples, tenía como principal efecto la transferencia de la responsabilidad parental a un tercero. *Vid.* subapartado 1.4.1 del capítulo V *infra*.

⁵⁶⁴ Como ya se ha señalado en capítulos anteriores, el art. 103.1º II CC permite atribuir la guarda del menor, junto con funciones tutelares, a terceros.

⁵⁶⁵ La *ratio legis* de estos instrumentos se desplazaría ligeramente: de la protección del menor al reconocimiento de una realidad fáctica. El objetivo de protección del menor seguiría presente, pero no sería la única o principal razón de ser de dicho instrumento. El menor ya se encontraría, formal y fácticamente, atendido al menos por uno de sus progenitores. Sin embargo, lo que se pretende reconocer con estos instrumentos es la realidad fáctica de la relación con un tercero cuidador.

situación de multiparentalidad en sede de responsabilidades parentales⁵⁶⁶.

1.1. En sustitución de uno de los progenitores

Varias razones pueden aconsejar adoptar una estrategia sustitutiva al diseñar la regulación de la atribución de responsabilidades parentales al adulto afín. Por un lado, excluir la posibilidad de que este pueda ostentarlas si existe un segundo progenitor titular puede ser una manera de reforzar o defender la posición del progenitor no residente que, a pesar de no formar parte de la familia reconstituida, sigue presente en la vida del menor⁵⁶⁷. Por otro lado, desde la perspectiva del adulto afín, puede que el hecho simbólico de estar ocupando el lugar de un progenitor legal que, bien no ha existido nunca, bien se encuentra ausente y/o privado de responsabilidad parental, contribuya a sentir que se está asumiendo un compromiso estable y duradero, similar al de un verdadero progenitor. También, aunque la parentalidad ejercida por dos personas no esté exenta de conflictos, manteniendo este número máximo se evitaría el alegado riesgo de un posible aumento de conflictos derivado de un aumento de responsables parentales⁵⁶⁸. Ciertamente, incorporar instrumentos que aplican una estrategia de sustitución parental tiene el potencial de dotar de herramientas jurídicas a aquellas familias que, pese a querer replicar el modelo de familia

⁵⁶⁶ Situación que en inglés se describiría como «*multiparenting*», en contraste con la multiparentalidad en sede de filiación o «*multiparenthood*».

⁵⁶⁷ Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 43. El autor considera que limitar esta asunción a familias donde el progenitor no residente está ausente es lo más conveniente; aunque reconoce que podría cuestionarse el límite de tener únicamente dos padres; *ibid.* p. 44.

⁵⁶⁸ O no necesariamente en tanto que, tal y como señala VONK en relación con el derecho neerlandés, el hecho de solo reconocer dos posibles titulares de la responsabilidad parental puede dar lugar a conflictos entre adulto afín y progenitor no residente por obtener este estatus; Machteld VONK, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Cambridge, Intersentia, 2007, p. 124. Sobre este debate en torno al aumento de conflictos en situaciones de coparentalidad, *vid.* apartado 4 de este capítulo.

nuclear también con hijos no comunes, no desean dar un paso tan drástico como es la adopción⁵⁶⁹.

Así lo hacen algunas regulaciones analizadas en el presente capítulo en relación con el progenitor no residente. Es decir, estas prevén instrumentos que permiten al adulto afín asumir las responsabilidades parentales que el progenitor no residente ha dejado vacantes. Entre las regulaciones que apuestan por un modelo sustitutivo de este tipo, la más cercana que encontramos es la del derecho aragonés. El art. 85.1 CDFR regula la posibilidad de que el adulto afín que convive con el menor ejerza la autoridad familiar de manera compartida con el progenitor que es, a la vez, su cónyuge⁵⁷⁰. Este último, además, debe ostentar la autoridad familiar en exclusiva⁵⁷¹. Es decir, si existe un segundo progenitor determinado, debe haber sido privado de la autoridad familiar o no haberla ostentado nunca.

De acuerdo con el derecho neerlandés, el adulto afín puede ejercer las responsabilidades parentales en determinados supuestos desde 1998⁵⁷². El art. art. 1:253t *Burgerlijk Wetboek* (de ahora en adelante, BW) lo permite siempre que el progenitor residente las haya ostentado previamente en exclusiva⁵⁷³. Adicionalmente, si el menor tiene una

⁵⁶⁹ Si bien podría argumentarse que son precisamente las familias que aplican una lógica de la sustitución, porque el otro progenitor ha desaparecido de la vida del menor, a las que puede resultar más deseable optar por la adopción, puede no desearse establecer un vínculo permanente de filiación.

⁵⁷⁰ *Vid.* subapartado 4.2.2. del capítulo I *supra*.

⁵⁷¹ Precisamente con esta sustitución «parental» que supone la exigencia de que el progenitor no residente no ostente la autoridad familiar, se pretendía evitar conflictos en el ejercicio: José Antonio SERRANO GARCÍA, «Artículo 85», *op. cit.*, p. 211. *Vid.* apartado 4 *infra* para la discusión sobre el ejercicio múltiple de las responsabilidades parentales y la resolución de conflictos.

⁵⁷² Christina G. JEPPESEN DE BOER, *Joint Parental Authority: A Comparative Legal Study on the Continuation of Joint Parental Authority After Divorce and the Breakup of a Relationship in Dutch and Danish Law and the CEFL Principles*, Cambridge, Intersentia, 2008, p. 199.

⁵⁷³ Existe otra posibilidad en derecho neerlandés para que un «tercero» ejerza las responsabilidades parentales junto con el progenitor residente. El art. art. 1:253sa BW el menor debe tener únicamente una filiación determinada y haber nacido durante la relación entre adultos. Este supuesto se introdujo como una vía para conseguir una «comaternidad» con anterioridad a la reforma que en 2014 permitió el acceso a la doble determinación de la filiación en parejas de mujeres ex art. 1:198.1b BW (Selma SEVENHUIJSEN, *Citizenship and the ethics of care: feminist considerations on justice, morality, and*

segunda filiación determinada, el progenitor debe haber ostentado la responsabilidad parental en exclusiva durante al menos tres años y debe haberse dado una convivencia previa de toda la familia de al menos un año.

Por otro lado, en los ordenamientos jurídicos argentino y cubano, además del régimen de pequeñas responsabilidades visto en el capítulo anterior, incluyen la posibilidad de delegación de las responsabilidades parentales al adulto afín cuando el progenitor no residente no se encuentra involucrado en la vida del menor. En estos casos, ambos códigos permiten que la familia reconstituida pueda emular de una manera más intensa el ideal de familia nuclear tradicional, permitiendo al adulto afín ocupar el lugar de un segundo progenitor. Los arts. 675 CCCN y 184 CFC permiten que el adulto afín ejerza las responsabilidades parentales sobre los hijos o hijas de su pareja juntamente con esta en caso cuando el progenitor no residente no tiene atribuida su titularidad. «en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor»⁵⁷⁴.

Por último, estos dos ordenamientos también prevén un segundo tipo de sustitución por parte del adulto afín: la del progenitor residente. Así, el art. 674 CCCN, por un lado, y los arts. 182 y 183 CFC, por otro, prevén que cuando este progenitor no estuviera en condiciones de ejercer las responsabilidades parentales por razones de viaje, enfermedad o alguna otra causa transitoria, el adulto afín podría ejercer las responsabilidades parentales siempre que fuera imposible o desaconsejable que lo hiciera el progenitor residente. Aunque en estos ordenamientos la delegación que el progenitor residente puede hacer de

politics, New York, Routledge, 1998, p. 122, n. 32), por lo que no será considerado como útil a las familias reconstituidas en las que me centro este trabajo.

⁵⁷⁴ El art. 184 CFC se refiere al «caso de muerte, declaración judicial de presunción de muerte, suspensión del ejercicio o privación de la responsabilidad parental de uno de sus titulares», mientras que el precepto argentino únicamente se refiere a los casos de «muerte, ausencia o incapacidad». Precisamente señala la falta de explicitación en la regulación argentina de otros supuestos como la privación o suspensión de las responsabilidades parentales para que pueda producirse la delegación: Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 140.

sus responsabilidades parentales al adulto afín se configura como temporal, esta podría ser un mecanismo útil para el supuesto de muerte del progenitor residente en que resulta conveniente que el menor continúe conviviendo con el adulto afín.

En definitiva, ya sea por sustitución de un progenitor o del otro, todas estas regulaciones coinciden en mantener el binomio parental en sede de responsabilidades parentales y sólo permiten su asunción por parte del adulto afín cuando uno de ellos no puede asumirlas.

1.2. En adición de ambos progenitores

A pesar de lo común de las estrategias de sustitución, limitarse a ellas en el diseño de la regulación de la relación afín no ofrece un cambio lo suficientemente amplio en el ordenamiento jurídico para que todas las familias tengan cabida. Teniendo en cuenta que, en la actualidad, la mayoría de familias reconstituidas se forman tras un divorcio o ruptura de pareja en que las responsabilidades parentales siguen siendo ejercidas por ambos progenitores⁵⁷⁵, una gran cantidad de adultos afines que asumieran un papel activo en la crianza, a pesar de la presencia del progenitor residente, no contarían con ninguna manera de obtener las facultades jurídicas para hacerlo. En consecuencia, resultaría especialmente útil introducir en derecho español la posibilidad de que terceras personas ejercieran la responsabilidad sobre un menor sin necesidad de desplazar a ningún responsable previo (en general, los progenitores). Es decir, sin necesidad de forzar el binomio parental. Con ello no defiendo que la multiparentalidad en las responsabilidades parentales sea o deba ser la regla de las familias reconstituidas, sino solo que esta sea jurídicamente posible en los supuestos en que *de facto* lo es.

En este sentido, otros instrumentos prevén con mucha más amplitud la posibilidad de que terceros asuman responsabilidades parentales y no la configuran necesariamente en defecto de unos progenitores que temporalmente no pueden asumirlas. En el modelo de adición de

⁵⁷⁵ Esta la norma mayoritaria en Europa (principio 3:10 CEFL).

responsabilidades parentales, el adulto afín se suma a ambos progenitores como responsable parental y, por tanto, se admite que más de dos personas sean responsables parentales de un mismo menor. Algunos ordenamientos sí prevén que un tercero pueda asumir o ejercer las responsabilidades parentales aun cuando uno de los progenitores, o ambos, se encuentran ejerciéndolas satisfactoriamente.

En este grupo de regulaciones, destaca la de la responsabilidad parental de terceros y, específicamente, del *stepparent*, de la CA 1989 de Inglaterra y Gales. En este ordenamiento, cualquier persona puede ostentar responsabilidades parentales sobre un menor⁵⁷⁶ y es posible que estas sean simultáneamente compartidas por más de dos personas [sec. 2(5) CA 1989]⁵⁷⁷, si bien progenitores legales (*parents*) sólo puede haber dos⁵⁷⁸. Entre las terceras personas que pueden ostentar responsabilidades parentales sobre un menor, la sec. 4A CA 1989 contempla específicamente al *stepparent*⁵⁷⁹.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico francés, mediante la delegación de las responsabilidades parentales (*délégation de l'autorité parentale*), el CCF también permite que más de dos adultos las ejerzan simultáneamente sobre un mismo menor⁵⁸⁰. La posibilidad de

⁵⁷⁶ Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *Family law: text, cases, and materials*, 3a, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 687.

⁵⁷⁷ Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, «Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion», en Frederik SWENNEN, (ed.), *Contractualisation of family law: global perspectives*, Cham Heidelberg New York Dordrecht London, Springer, 2015, pp. 165-191, p. 172.

Además, la CA 1989 reconoce a toda aquella persona que cuida informalmente a un menor, dotándole de las facultades necesarias para otorgar un cuidado adecuado [sec. 3(5)]: Jonathan HERRING, *Family law, op. cit.*, p. 384. Este es un instrumento similar a los expuestos en el capítulo anterior.

⁵⁷⁸ Jonathan HERRING, *Family law, op. cit.*, p. 449.

⁵⁷⁹ Este precepto fue introducido mediante la reforma de la CA 1989 operada por la *Adoption and Children Act 2002* (de ahora en adelante, ACA 2002) como respuesta a la inadecuación de la adopción como única vía para que el adulto afín asumiera responsabilidades parentales sobre el hijo o hija de su pareja; Vonk, p. 121. Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 685.

⁵⁸⁰ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, pp. 73-74. La autora considera que este instrumento será más útil para aquellas familias en que el progenitor no residente no ostenta responsabilidades parentales (modelo sustitutivo), pero que sin duda es posible

delegación en general, prevista en los arts. 376 y ss. CCF, había estado originalmente concebida como un instrumento para suplir a los progenitores que temporalmente no pudieran hacerse cargo de sus hijos. Siguiendo esta lógica, implicaba una transferencia de sus responsabilidades parentales a un tercero, que podía ser tanto voluntaria (*délégation volontaire*) como acordada forzosamente por la autoridad judicial competente (*délégation forcée*). Sin embargo, en 2002, el régimen de la delegación fue reformado para que pudiera ser un instrumento útil a las familias reconstituidas, incluyendo en el art. 377-1 CCF la posibilidad de que el ejercicio de responsabilidades parentales se hiciera de manera compartida con el o los progenitores (*délégation partage*)⁵⁸¹.

En ambos ordenamientos, sin embargo, se ha puesto de manifiesto el escaso uso que las familias reconstituidas hacen de este tipo de instrumentos⁵⁸². Para el caso francés, se hace referencia a la falta de información respecto a la posibilidad de delegar las responsabilidades parentales. Sin embargo, en el caso de Inglaterra y Gales y basándose en un estudio empírico, RUSSELL señala que una de las razones aducidas por las familias para descartar otorgar responsabilidades parentales al adulto afín, incluso si de facto las estaba ejercitando, era el rechazo al término «parental», que les sugería una posición de progenitor que no consideraban adecuada asumir⁵⁸³. Teniendo esto en cuenta, más allá de la nomenclatura que se desee utilizar para otorgar un rol formal de

cuando no es este el supuesto. También califica la delegación como funcionalmente equivalente al instrumento inglés y galés descrito *supra*.

⁵⁸¹ Reforma introducida por el art. 7 de la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, que también benefició en gran medida a las parejas del mismo género (especialmente de mujeres) que no contaban con acceso a la doble filiación. Alessandra CORDIANO, «Fairy tales and Stepmothers: the Extended Families in a Legal Perspective», *Italian Sociological Review*, vol. 5/3, 2015, pp. 399-410; Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, pp. 71-75. Esta última autora considera que la regulación francesa de la delegación es confusa porque trata mediante un mismo instrumento de dar respuesta a diferentes circunstancias y necesidades familiares. Así, propondría la regulación autónoma y explícita de: (a) la delegación voluntaria (sustitutiva del progenitor con dificultades para ejercer las responsabilidades parentales), (b) la autoridad parental compartida (*«partage de l'autorité parentale»*) y (c) la delegación forzosa (que supondría la privación de la potestad y sustitución).

⁵⁸² En relación con Inglaterra y Gales, *vid.* Penelope RUSSELL, *op. cit.*, p. 306. Y, en relación con Francia, *vid.* Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, pp. 78-79.

⁵⁸³ Penelope RUSSELL, *op. cit.*, p. 320.

cuidador «principal» al adulto afín⁵⁸⁴, considero especialmente importante continuar diferenciando este régimen del de un progenitor, especialmente cuando el acceso a esta segunda posición, la de progenitor de un menor, se estaría facilitando aún más en el contexto de la propuesta general que realizo en este trabajo⁵⁸⁵. En este sentido, por razones simbólicas, pero también de coherencia sistemática, mediante el instrumento que propongo en el presente capítulo, únicamente se atribuiría el ejercicio de las responsabilidades parentales y no así la titularidad, la cual seguiría considerándose contenido exclusivo de la relación de filiación⁵⁸⁶.

En los siguientes apartados, teniendo en cuenta el derecho comparado y las especificidades del ordenamiento jurídico español, presento las principales líneas de la propuesta para que un adulto afín pueda asumir responsabilidades parentales en adición a los progenitores legales.

⁵⁸⁴ Con «principal», me refiero a un cuidador que asume todas las tareas de cuidado durante la minoría de edad del hijo o hija de su pareja, no únicamente las relacionadas con las cuestiones cotidianas de escasa importancia, como en el caso del capítulo anterior.

⁵⁸⁵ En particular, me refiero a la propuesta de adopción del siguiente capítulo.

⁵⁸⁶ La titularidad de las responsabilidades parentales es además una consecuencia de esta relación que se considera fundamental y en este sentido únicamente puede no atribuirse a un progenitor en circunstancias excepcionales (art. 111 CC) o privarsele en atención a un incumplimiento grave de sus funciones básicas (art. 170 CC). El ejercicio efectivo de estas responsabilidades, en cambio, no es necesariamente esencial a la relación de filiación, por lo que un progenitor puede no tener atribuido su ejercicio debido a una serie de motivos, más amplia que la que dé lugar a la privación de la titularidad (art. 156 CC). El CCCat es aún más claro en esta distinción, estableciendo su artículo 236-1 la titularidad de los progenitores de las responsabilidades parentales de sus hijos o hijas y en su art. 236-6 los supuestos de privación de dicha titularidad. Por otro lado, si bien se establece el principio de ejercicio conjunto (art. 236-8.1 CCCat), se prevé la posibilidad de que este también pueda ser individual, sin que esto suponga ningún tipo de sanción al progenitor al que no se le atribuye dicho ejercicio [pudiendo ser acordado un ejercicio individual o una distribución de funciones (arts. 236-9 y 236-11 CCCat)]. FERRER RIBA ha denominado a la titularidad sin atribución del ejercicio «titularidad pasiva». Esta implica reconocer al progenitor un status jurídico de contenido variable (de entre el que destaca el derecho a relacionarse con el menor art. 160 CC), así como la expectativa de recuperación del ejercicio: Josep FERRER RIBA, «Article 132...», *op. cit.*, p. 612.

2. Atribución y duración de responsabilidades parentales del adulto afín

2.1. Características del adulto afín

A diferencia del régimen de cuidador afín, la atribución de responsabilidades parentales no tendría por qué limitarse a la pareja del progenitor residente. De lo contrario, devenir responsable parental de un menor dependería de una circunstancia que poco tendría que ver con este⁵⁸⁷. Teniendo en cuenta la aplicación automática del estatuto propuesto en el capítulo anterior, este requisito se configuraba como una manera, imperfecta, de identificar mejor las relaciones entre convivientes que tuvieran un carácter familiar. Sin embargo, la atribución de responsabilidades parentales comportaría en todo caso un acto expreso y voluntario de las partes, por lo que no existiría el riesgo de imponer unos efectos jurídicos a una relación cuyos miembros no desean. Además, no restringiendo el acceso a esta atribución de responsabilidades parentales a la pareja del progenitor, este instrumento también podría resultar útil para proteger u otorgar las facultades jurídicas necesarias a otros cuidadores del menor que pueden ejercer responsabilidades parentales en otras configuraciones familiares diferentes a las familias reconstituidas como podrían ser, por ejemplo, abuelos, tíos u otras personas cercanas.

El derecho aragonés es el único de las regulaciones analizadas que opta por un criterio diferente a este y exige que quien ejerza la autoridad familiar juntamente con el progenitor residente sea el cónyuge de este (art. 85 CDFFA)⁵⁸⁸. Este requisito seguramente esté muy ligado al hecho

⁵⁸⁷ Penelope RUSSELL, *op. cit.*, p. 318. Es cierto que una buena relación entre adulto afín y progenitor es deseable para el ejercicio simultáneo de las responsabilidades parentales por ambos y esta buena relación es presumible del hecho de que ambos sean pareja. Ahora bien, esta cooperación en la crianza no tiene por qué circunscribirse exclusivamente a las relaciones de pareja, como ocurre cuando los progenitores viven separados.

⁵⁸⁸ El derecho aragonés reconoce que otras personas diferentes de los progenitores y del adulto afín puedan ejercer la autoridad familiar: los abuelos y los hermanos mayores (arts. 86 y 87 CDFFA, respectivamente). Ahora bien, estos sólo podrán hacerlo

de que la atribución del ejercicio de la autoridad familiar se produce de manera automática en el CDFA, por lo que, en la línea de lo argumentado en relación con el régimen del cuidador afín⁵⁸⁹, su exigencia sea una forma de intentar diferenciar entre relaciones familiares dignas de protección y aquellas de mera convivencia⁵⁹⁰.

Por el contrario, el derecho neerlandés y el francés contienen una conceptualización abierta del tercero que puede adquirir responsabilidades parentales y no requieren que este sea la pareja del progenitor: el art 1:253t BW únicamente exige que entre menor y tercero exista una relación cercana y la delegación de *l'autorité parentale* francesa es posible a favor de cualquier tercero de confianza (*proche digne de confiance*)⁵⁹¹. En particular, la conceptualización del BW me parece muy acertada: por su flexibilidad, al no restringir la capacidad de ser cuidador a quién mantiene una relación afectiva con el progenitor y por la situación central que otorga al menor en su articulación. En este sentido, a diferencia del CCF, que se refiere «a alguien de confianza» del progenitor delegante, el BW opta por configurar al tercero como alguien cercano al menor (*«een ander dan de ouder die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat»*). Esta sutil diferencia de enfoques seguramente tiene que ver con la crítica que realiza LESTIENNE-SAUVÉ respecto a la difuminación de los diversos intereses a los que responde la delegación de la responsabilidad parental en el CCF actual⁵⁹². En tanto que concebida inicialmente como un recurso con el que contaban los progenitores para asistirlos en momentos de dificultades en relación con el ejercicio de responsabilidades parentales, la perspectiva centrada en

en sustitución de ambos progenitores, no en adición a uno de ellos. Es decir, esta asunción de autoridad familiar se configura como una manera de evitar el recurso a la tutela cuando existen familiares cercanos que pueden asumir la crianza del menor desatendido por sus progenitores.

⁵⁸⁹ *Vid.* subapartado 2.2.1. del capítulo II.

⁵⁹⁰ Ahora bien, llama la atención la exclusión de los adultos afines que forman una pareja estable con el progenitor ya que este es un tipo de unión que el CDFA reconoce y cuyo régimen jurídico regula en los arts. 303 y ss.

⁵⁹¹ Laurence FRANCOZ TERMINAL, «Legal relationships between adults and children in France», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Intersentia, 2019, pp. 249-284, pp. 268-269. Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁹² *Vid.* n. 58181 *in fine*.

el progenitor se ha mantenido en la delegación compartida, que, sin embargo, tendría una *ratio* diferente: la de reflejar una crianza ya asumida de facto por alguien que se ha convertido en un referente parental para el menor⁵⁹³. En este sentido, un requisito de convivencia previa similar al establecido por el BW también resultaría aconsejable para asegurar que esta relación de confianza se hubiera podido desarrollar.

El derecho de Inglaterra y Gales opta por una configuración un tanto diferente. Si bien cualquier tercero puede adquirir responsabilidades parentales sobre un menor, el adulto afín en concreto cuenta con un régimen específico muy privilegiado: el de la sec. 4A CA 1989⁵⁹⁴. El *stepparent* debe mantener una relación institucionalizada con el progenitor del menor, ya sea matrimonial o reconocida mediante una *civil partnership*⁵⁹⁵, sin que se requiera ningún periodo de convivencia previa. Como se verá en el siguiente subapartado, el *stepparent* puede obtener responsabilidades directamente mediante un acuerdo con los progenitores, sin necesidad de intervención judicial, o mediante una solicitud judicial sin necesidad de autorización previa (*leave*), que sí se exige a los terceros en general. Si no se mantiene una relación institucionalizada con el progenitor, pero se ha convivido con el menor durante al menos tres años, la sec. 10(5) CA 1989 también permite la solicitud judicial directa de atribución de responsabilidades parentales (no así mediante el simple acuerdo privado). Por ello, una generalidad de terceros puede adquirir responsabilidades parentales, si bien de acuerdo con regímenes distintos que varían en su accesibilidad,

⁵⁹³ Realmente, se trata de una diferencia más teórica que práctica. Difícilmente alguien se convertirá en un referente parental del menor sin ser una persona de confianza del progenitor, pero el simbolismo es importante.

⁵⁹⁴ Este es similar en algunos aspectos al del padre legal no casado, quien, de acuerdo con la ley en Inglaterra y Gales, no asume automáticamente responsabilidades parentales tras el nacimiento del hijo o la hija: Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁹⁵ La CA 1989 no reconoce el estatuto de *stepparent* a la pareja no registrada del progenitor, lo que supone excluir a casi la mitad de ellos, de acuerdo con Penelope RUSSELL, *op. cit.*, p. 304. Sin embargo, los convivientes sí que tienen acceso a la adopción del hijo de la pareja de acuerdo con las sec. 51(2) y 144 *Adoption and Children Act* 2002 (de ahora en adelante, CA 2002): Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, pp. 686-687.

otorgando la ley la vía más accesible al cónyuge o pareja registrada del progenitor.

Ninguna de las regulaciones estudiadas, sin embargo, establece criterios de idoneidad respecto de la propia persona del adulto afín, tal y como se hace, por ejemplo, respecto de los potenciales tutores en derecho español (arts. 211, 216 y 217 CC) o adoptantes de un menor de edad (art. 176.3 CC). De manera similar, podría ser conveniente establecer salvaguardas adicionales o directamente prohibir la asunción de responsabilidades parentales por parte de un adulto afín que incurra en ciertas causas. Por ejemplo, las del art. 216 CC: «1.º Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección» y «2.º Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior». Así como también algunas del art. 217 CC, como haber sido «condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela» o, en términos generales, el hecho de tener un conflicto de intereses con el menor en cuestión.

En conclusión, resultaría adecuado no delimitar excesivamente el perfil del tercero que pudiera acceder a ostentar responsabilidades parentales. Ahora bien, la exigencia de que esta persona sea «cercana» al menor, en tanto que ya ha estado asumiendo su crianza durante un periodo de vida en común, es necesaria para restringir, aunque sea mínimamente, un acceso indiscriminado e inadecuado al menor⁵⁹⁶. En definitiva, pueden ser condiciones adecuadas para verificar la conveniencia de que se adquieran responsabilidades parentales: (a) una convivencia de duración mínima de dos años entre adulto afín y menor, (b) una cláusula abierta interpretable casuísticamente que se refiera a cualquier persona con una relación «cercana» con el menor al estilo del art. 1:253t BW, y (c) un régimen de idoneidad similar al previsto para la tutela de menores de edad.

⁵⁹⁶ En este sentido, el concepto de allegado del art. 160 CC o persona próxima en del art. 236-4.2 CCCat puede ser útil, si bien, considero que exigir un requisito adicional de convivencia previa será igualmente necesario.

2.2. Diferentes modos de atribución

De nuevo a diferencia del régimen del capítulo anterior, la atribución de responsabilidades parentales requeriría de un acto expreso. Ahora bien, no existe un consenso europeo en relación con el modo de atribución idóneo. Los principios CEFL relativos a la responsabilidad parental, si bien prevén que terceros puedan ostentar responsabilidades parentales (principio 3:18), no incluyen ninguna referencia a los diferentes modos o instrumentos de atribución. Por su parte, en la definición del Reglamento UE 2019/1111 de responsabilidad parental, se enumeran los posibles modos de atribución en los ordenamientos europeos: (1) la ley, (2) un acuerdo, o (3) una resolución judicial.

2.2.1. *Ope legis*

La atribución de responsabilidades parentales puede darse por ministerio de la ley, tal y como ocurre una vez queda determinada la filiación respecto de los progenitores. En el caso de responsabilidades parentales de terceros, sin embargo, además de poco frecuente, resulta desaconsejable. Como ya he venido avanzando, esta no será la vía propuesta en este trabajo. El régimen de aplicación automática regulado en el capítulo anterior ya permite garantizar cierto reconocimiento y protección a aquellas familias en las que no se institucionaliza de ninguna manera la relación afín estable.

Sin embargo, vale la pena señalar un ejemplo de esta forma de atribución de responsabilidades parentales a terceros: el de la regulación aragonesa⁵⁹⁷. En general, el CDFa atribuye el ejercicio de la autoridad familiar a terceros de manera automática al estos hacerse cargo voluntariamente de la crianza y la educación del menor, salvo que los

⁵⁹⁷ En Países Bajos, también se prevé la posibilidad de que la responsabilidad parental sea adquirida automáticamente por alguien diferente al progenitor legal si un menor nace durante un matrimonio o una pareja registrada y sólo tiene una filiación determinada (art. 1:253sa BW). En ese supuesto, la ley atribuye a la pareja del progenitor automáticamente el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental. Como ya he señalado, se trata de una regulación ideada en su momento para permitir la comaternidad en parejas de mujeres (*vid. n. 57373 supra*).

progenitores dispongan lo contrario (art. 88.1)⁵⁹⁸. En el caso concreto del adulto afín, de acuerdo con el art. 85 CDFA, el cónyuge del progenitor que ostenta la autoridad familiar en exclusiva pasa a ser co-ejerciente de esta solo por convivir con el menor y su progenitor. A su vez, al menor se le impone un nuevo adulto ejerciente de la autoridad parental sin que exista en la actualidad la posibilidad de que el menor solicite su exoneración de este régimen⁵⁹⁹.

2.2.2. Acuerdo homologado judicialmente

Si, como decía, para la atribución de responsabilidades parentales sería necesario un acto expreso, también sería conveniente contar con el acuerdo de todas las partes implicadas en el cuidado del menor⁶⁰⁰. Ciertamente una buena sintonía entre todos los cuidadores principales puede contribuir a un ejercicio de las funciones parentales más pacífico y, por tanto, más beneficioso para el menor y todos los adultos implicados. En consecuencia, atribuir responsabilidades parentales al adulto afín en el marco de esta propuesta también requeriría, *a priori*, la concurrencia de voluntades de todos los responsables parentales de un menor y de este mismo; así como un control judicial que garantizara que la atribución redunde en el interés superior del menor.

Este es el caso de las delegaciones francesa (art. 376-1, 377 *in fine* y 377-1 CCF)⁶⁰¹, argentina (arts. 643, 674 y 675 CCCN)⁶⁰² y cubana (arts. 145,

⁵⁹⁸ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa...», *op. cit.*, p. 85.

⁵⁹⁹ La Ley 13/2006, antecedente del CDFA, supuso un retroceso al eliminar dicha posibilidad que sí contemplaba la Compilación de 1985; *Ibid.*

⁶⁰⁰ Incluso en el caso del derecho aragonés, de aplicación automática, el adulto afín deberá contar con el consentimiento del progenitor residente para ejercer conjuntamente la autoridad familiar (art. 88.1 CDFA).

⁶⁰¹ Françoise MONÉGER, «France: Biological and Social Parentage», en Katharina BOELE-WOELKI, Nina DETHLOFF, Werner GEPHART, (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, 2014, pp. 175-184, p. 181. Adeline GOUTENOIRE, «Autorité Parentale», en *Repertoire de Droit Civil*, Octubre 20, Dalloz, 2022, pár. 347. El acuerdo debe reflejarse en un formulario estandarizado disponible en internet: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R56622> (f.c.: 02.04.2023).

⁶⁰² Se trataría también de un convenio sometido a homologación judicial: María Victoria PELLEGRINI, «Comentario al art. 643», en Gustavo CAMELO, Sebastián

182, 183 y 184 CFC). En relación con la delegación del CCF, la autoridad judicial debe verificar que se dan las circunstancias que justifican dicha delegación (art. 377.1 CCF): que el adulto afín está ejerciendo un rol parental positivo para el menor y que la delegación es necesaria para poder seguir ejerciéndolo⁶⁰³. Se suele entender que el mero hecho de estar conviviendo con el menor y criándolo conjuntamente con el progenitor ya es una circunstancia que justifica la delegación⁶⁰⁴, si bien la *Cour de Cassation* ha hecho una interpretación un tanto más restrictiva en alguna ocasión⁶⁰⁵. En el ordenamiento argentino, la delegación general prevista en el art. 643 CCCN requiere que esta se haga en «interés del hijo y por razones suficientemente justificadas». Adicionalmente, la prevista para que el adulto afín «sustituya» al progenitor no residente únicamente es posible ante la muerte o falta de capacidad de este (art. 675 CCCN)⁶⁰⁶. En una línea similar, para este tipo de delegación, el derecho cubano requiere que el progenitor no residente hubiera muerto, se le presuma muerto o estuviera suspendido o privado de responsabilidades parentales (art. 184 CFC). En relación con la delegación prevista para sustituir al progenitor residente, este no debe encontrarse en condiciones de ejercer temporalmente las responsabilidades parentales (arts. 674 CCCN y 182 CFC). El art. 183 CFC, además, enumera una serie de requisitos para

PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 476-478, p. 478. Ahora bien, en el caso de la delegación temporal de las responsabilidades parentales del progenitor residente en el adulto afín del art. 674 CCCN, puede prescindirse de la homologación judicial si se cuenta con el consentimiento, aunque sea tácito, del progenitor no residente.

⁶⁰³ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 77. Para la autora, este control judicial es coherente con el hecho de que las responsabilidades parentales no son una materia propiamente disponible, sino que su atribución y extinción responden al interés superior del menor: *Ibid.*, p. 72.

⁶⁰⁴ Así lo entienden la mayoría de tribunales de instancia: Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 350.

⁶⁰⁵ Cass. Civ. 1er, de 8 de julio de 2010. En esta decisión, el tribunal consideró que la delegación compartida de la autoridad parental en la compañera sentimental de la madre no estaba justificada por circunstancias suficientemente excepcionales: «*pas [...] de circonstances particulières qui imposeraient une délégation d'autorité parentale dès lors que les déplacements professionnels qu'elles invoquaient n'étaient qu'exceptionnels, que le risque d'accidents n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale*». *Vid. Ibid.*, p. 349.

⁶⁰⁶ La delegación específica que el progenitor residente puede hacer en el adulto afín

aprobar judicialmente este tipo de delegación: (a) la existencia de un vínculo afectivo significativo entre adulto afín y menor; (b) una convivencia estable entre los miembros de la familia reconstituida; (c) el cumplimiento por parte del adulto afín de los deberes del régimen de pequeñas responsabilidades previsto en el art. 181 CFC; (d) que se tenga en cuenta el parecer del progenitor no residente, cuando resulte posible; y (e) la escucha de la niña, el niño o adolescente, de acuerdo con su edad y madurez.

En el caso neerlandés, la solicitud de atribución judicial de las responsabilidades parentales debe hacerse conjuntamente entre la persona cercana al menor y el progenitor con responsabilidades parentales (art. 1:253t BW). La opinión del progenitor no residente que no ostenta responsabilidades parentales, si bien ha de tenerse en cuenta, no es decisiva⁶⁰⁷. El art. 253t BW establece que cualquier persona con una relación cercana con el menor, juntamente con el progenitor que ostenta la responsabilidad parental en exclusiva, pueden solicitar judicialmente obtener responsabilidad parental «dual». La autoridad judicial debe autorizar o denegar la asunción de responsabilidades parentales por parte de la persona cercana en función del interés superior del menor, para cuya valoración puede tener en cuenta los intereses del otro progenitor (art. 1:253t.3 BW). El consentimiento del menor de más de doce años, sin embargo, únicamente se articula como necesario en relación con una posible petición de cambio de apellidos (art. 1:253t.5.a BW)⁶⁰⁸ y no así en relación con la solicitud de atribución de responsabilidades parentales.

Este sistema de homologación judicial de acuerdos es sin duda positivo en tanto que combina la autocomposición familiar con el control

⁶⁰⁷ De acuerdo con el Tribunal Supremo neerlandés, el progenitor no residente no cuenta con un derecho de veto; *Hoge Raad* 13.07.2001, LJN ZC3639 (ECLI:NL:HR:2001:ZC3639). A pesar de ello, y porque los progenitores que hasta ese momento no habían ostentado responsabilidad parental sobre el menor pueden en ese mismo procedimiento solicitar obtenerla, estos procedimientos pueden convertirse en una pugna por la responsabilidad parental sobre el menor entre adulto afín y progenitor; JEPPESEN DE BOER, *op. cit.*, p. 199-200.

⁶⁰⁸ Sobre la posibilidad de esta petición, *vid.* subapartado 3.1. *infra*.

judicial⁶⁰⁹. No sería recomendable prescindir de este control, tal y como como sucede, por ejemplo, en Inglaterra y Gales. En este ordenamiento, los responsables parentales de un menor y un *stepparent* pueden celebrar un *parental responsibility agreement* (sec. 4A CA 1989)⁶¹⁰. En estos casos, la autoridad judicial, tras comprobar que los progenitores firmantes tienen responsabilidad parental y que el adulto afín está casado o en una *civil partnership* con uno de ellos, se limita a atestiguar y registrar el acuerdo⁶¹¹. Ahora bien, aunque la homologación judicial del acuerdo deba implicar un mayor control en relación con las circunstancias familiares y el interés superior del menor, esta no debería imponer como requisito la existencia de circunstancias excepcionales, como en el caso de las delegaciones francesa, argentina o cubana. En un supuesto de ejercicio compartido de las responsabilidades parentales, en que el menor no se encontraría desatendido, ningún titular se vería privado de su ejercicio y todos ellos estarían de acuerdo en realizar la atribución, este control debería centrarse en el interés superior del menor y no configurar la posibilidad como excepcional.

⁶⁰⁹ En este sentido, *vid.* María Paz GARCÍA RUBIO, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en Judith SOLÉ RESINA, (ed.), *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 209-220, p. 219.

⁶¹⁰ Para que el adulto afín pueda conseguir responsabilidades parentales por esta vía, además del consentimiento del progenitor residente, será también necesario el de cualquier otro titular de responsabilidad parental (generalmente, el progenitor no residente): Andrew BAINHAM, *Children: the modern law*, 3^a ed., Bristol, Jordan Publishing, 2005, p. 236; Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 174. Este acuerdo se equipara al que pueden celebrar la madre de un menor (titular de responsabilidades parentales como consecuencia de la determinación de la filiación tras el parto) y el padre biológico no casado con esta: *Ibid.*, p. 174. A pesar de que este ordenamiento no permite a los progenitores renunciar a las responsabilidades parentales [sec. 2(9) CA 1989], estas sí que pueden ser conferidas –adicionalmente– a terceros mediante un acuerdo privado: *Ibid.*, p. 173.

⁶¹¹ MV ANTOKOLSKAIA, «Parenting in step-families: legal status versus de facto roles», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27/3, 2015, pp. 271-284, p. 275. Este acuerdo debe realizarse en la forma indicada por las autoridades, lo que actualmente se traduce en la presentación de un formulario estandarizado ante la autoridad judicial competente (la oficina local de la family court o la Central Family Court): *Form C(PRA2): Ask the court to witness your step-parent parental responsibility agreement*; disponible, en inglés, aquí: <https://www.gov.uk/government/publications/form-cpra2-step-parent-parental-responsibility-agreement> (f.c.: 29.03.2022). En este sentido, *vid.* Christine BUDZIKIEWICZ, *op. cit.*, p. 161.

Por otro lado, debe profundizarse en la participación del menor en la atribución de responsabilidades. Tanto en la conformación de dicho acuerdo, en consonancia con el consenso europeo respecto a la obligación de escucharlo y tener en cuenta sus opiniones, no sólo en procedimientos judiciales, sino en la toma de cualquier decisión que le afecte (principio 3:6 CEFL); como en el procedimiento judicial. Así, además de establecer las salvaguardas necesarias para garantizar que este sea escuchado en todo caso en el procedimiento de homologación judicial del acuerdo, una forma de incrementar su participación en el proceso privado previo sería la exigencia de que a partir de los 12 años prestaran su consentimiento directamente en el mismo documento que los adultos⁶¹².

2.2.3. Atribución judicial sin acuerdo

La opción de atribuir judicialmente responsabilidades parentales en defecto de acuerdo merece también ser considerada, aunque sea configurándola de manera muy restrictiva y excepcional⁶¹³. En estos supuestos, por el contrario, sí que sería recomendable que los tribunales adoptaran una interpretación restrictiva de las circunstancias que podrían justificar la nueva atribución.

⁶¹² Esta es la edad a partir de la cual el menor debe consentir a su propia adopción en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, en los formularios estandarizados de los ordenamientos inglés-galés y francés, por ejemplo, únicamente los adultos deben firmar (*vid.* n. 601 y n. 611 *supra*) y el resto de instrumentos no requieren el consentimiento del menor para su aplicación.

⁶¹³ Por ejemplo, puede resultar conveniente dejar esta posibilidad abierta para aquellos casos en los que el progenitor residente puede no ser capaz de asumir temporalmente todas las funciones parentales al viajar frecuentemente por motivos laborales y, a pesar de que el progenitor no residente ostenta también la responsabilidad parental, el interés del menor aconseje que este siga residiendo en el domicilio que el adulto afín comparte con el progenitor residente (temporalmente ausente). En casos como este, una negativa a atribuir responsabilidades parentales al adulto afín por parte del progenitor no residente puede resultar injustificada o perjudicial para el menor, por lo que considero que es positivo prever la posibilidad que la autoridad judicial pueda entrar a valorar este interés casuísticamente, aunque falte el consentimiento de uno de los responsables. Este es precisamente el supuesto que regula el art. 674 CCCN.

La regulación de Inglaterra y Gales, la CA 1989, prevé esta posibilidad de manera relativamente amplia. En los casos en que no se cuenta con el consentimiento de todos los titulares de la responsabilidad parental, el adulto aún puede acudir a los tribunales para solicitar una *child arrangement order* de la sec. 8 CA 1989 que le atribuya responsabilidad parental sobre el menor [sec. 12(2) CA 1989]. Como comentaba más arriba, la vía judicial es posible, en principio, para cualquier tercero que desee obtener responsabilidades parentales sobre un menor. Sin embargo, únicamente pueden solicitar judicialmente la atribución de responsabilidades parentales sin la autorización previa de la autoridad judicial: los adultos afines en el sentido de la sec. 4A CA 1989, los ex cónyuges o ex *civil partners* que hubieran considerado al hijo o hija de su pareja un «*child of the family*»⁶¹⁴, las personas que hubieran convivido al menos tres años con el menor o aquellas que cuenten con la autorización de los responsables parentales⁶¹⁵. El resto de terceros podrán hacerlo únicamente si demuestran un interés legítimo y obtienen la autorización previa (*leave*) del tribunal⁶¹⁶. Precisamente, también requiere de autorización judicial previa el menor que desee que se emita una *child arrangement order* para sí mismo, autorización que es generalmente difícil de obtener⁶¹⁷.

Esta atribución sin el acuerdo de todos los implicados que propongo sería configurada como excepcional. Únicamente cuando la negativa de uno o ambos progenitores no estuviera fundamentada en argumentos relativos al interés superior del menor o resultara injustificada o desproporcionada podría ser desoída si, además, se acreditara que la atribución de responsabilidades parentales es necesaria y beneficiosa

⁶¹⁴ Jonathan HERRING, *Family law, op. cit.*, p. 381 y ss. *Vid.* el subapartado 5.2.1 del capítulo I para una descripción de este concepto.

⁶¹⁵ De este grupo, únicamente los *stepparents* en el sentido de la sec. 4A CA 1989 pueden acceder a ser responsables parentales también a través del acuerdo (*vid.* subapartado 2.2.2. *supra*).

⁶¹⁶ Los criterios para otorgar la autorización judicial se encuentran contenidos en la sec. 10(9) CA 1989. La jurisprudencia ha venido considerando que únicamente a solicitudes frívolas o perjudiciales para el menor pueden serles denegada la autorización: *Re M (Care: Contact: Grandmother's Application for Leave)* [1995] 2 FLR 86, [1995] 3 FCR 550.

⁶¹⁷ Jonathan HERRING, *Family law, op. cit.*, p. 506.

para el menor. En cambio, la negativa del menor con capacidad suficiente, o en todo caso mayor de 12 años, no podría ser en ningún caso desoída.

En conclusión, tal y como se ha argumentado, un régimen automático de atribución de responsabilidades parentales al adulto afín no sería adecuado. Establecer como mecanismo de atribución principal los acuerdos entre todas las partes implicadas (incluyendo los menores de 12 años o más) homologados judicialmente para asegurar que se observan los requisitos legales y se promueve el interés superior del menor parece lo más acorde con nuestro sistema jurídico. A la vez, sería conveniente prever la posibilidad, excepcional, de acordar judicialmente aun cuando no se cuente con el acuerdo de todos los responsables y sin necesidad de que se recurra a esta opción debido a una situación de desatención del menor por parte de estos.

2.3. Extinción

En tanto que parentales, las responsabilidades del adulto afín únicamente podrían ser ejercidas en los mismos supuestos en los que podría hacerlo un progenitor: durante la minoría de edad y, *a priori*, con independencia de la posible ruptura de la relación entre adultos.

En tanto que asumir voluntaria y expresamente el ejercicio de responsabilidades parentales supondría un compromiso serio y profundo para con el menor, la regla general sería la de la subsistencia de este incluso tras el cese de la relación entre adultos y la convivencia. Algunas regulaciones analizadas, sin embargo, vinculan este ejercicio directamente a la relación adulta, por lo que prevén su extinción tras la ruptura de esta. Esto es así tanto en el CDFA como en las delegaciones del CCCN y el CFC. En el primer caso, a pesar de que no se explicita nada al respecto, el requisito para la atribución de la autoridad familiar de matrimonio con el progenitor comporta que esta se extinga tras la

ausencia de este⁶¹⁸. En el segundo, en relación con la sustitución del progenitor no residente, los arts. 675 CCCN y 184 CFC explícitamente enuncian que el ejercicio de las responsabilidades parentales por parte del adulto afín se extingue con la ruptura de la pareja de adultos. Mientras que en el supuesto de la delegación de los arts. 674 CCCN y 182 y 183 CFC (sustitución temporal del progenitor residente por causas tasadas) únicamente tiene sentido en el marco de una relación y una convivencia estable entre progenitor residente y adulto afín.

El resto de regulaciones, por el contrario, apuestan por la subsistencia de las responsabilidades parentales del adulto afín ante una eventual ruptura de la relación de pareja y remiten a las causas generales de extinción⁶¹⁹. De acuerdo con el derecho de Países Bajos, por ejemplo, ante una ruptura de la relación, adulto afín y progenitor residente están obligados a presentar un plan de parentalidad en el proceso judicial de separación o divorcio, igual que ante la ruptura de dos progenitores (arts. 1:253a BW y 815 del Código procesal civil neerlandés, el *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, de ahora en adelante, RV)⁶²⁰. Por otro lado, en derecho inglés y galés, la responsabilidad parental que ostenta el adulto afín no tiene una duración determinada, a diferencia de aquellos otros terceros que no gozan del estatuto privilegiado de la sec. 4A CA

⁶¹⁸ María Teresa DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa...», *op. cit.*, p. 746.

⁶¹⁹ En relación con Francia, *vid.* Laurence FRANCOZ TERMINAL, *op. cit.*, p. 269. Con Inglaterra y Gales, Andy HAYWARD, «Legal Relationships Between Adults And Children In England And Wales», en Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, Jehanne SOSSON, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies: A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 219-248, p. 237. Y con Países Bajos, Mark BEUKER y Wilbert KOLKMAN, «Legal relationships between adults and children in The Netherlands», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 417-449, p. 438. Christina G. JEPPESEN DE BOER, *op. cit.*, p. 200.

⁶²⁰ Mark BEUKER y Wilbert KOLKMAN, *op. cit.*, p. 423. Este plan de parentalidad podría requerirse, con bastante frecuencia, en contextos familiares en los que ya existe un plan de parentalidad previo (alcanzado entre los progenitores al separarse), por lo que debería analizarse cómo ambos pueden conjugarse. Esta circunstancia pone de manifiesto cómo de entrelazados pueden estar los procesos de separación en los que se fijan medidas relativas a los hijos menores con la formación de nuevas parejas y que los procesos civiles de familia también necesitan ser reevaluados a la luz de la proliferación de familias reconstituidas.

1989, sino que se extiende, en principio, hasta la mayoría de edad del menor⁶²¹. La idea que subyace en esta diferencia es la de dotar de un carácter más estable y permanente a las responsabilidades parentales de un adulto afín, acercándolo a un progenitor y no a un simple tercero⁶²². Previamente, los acuerdos u *orders* a favor de un *stepparent* también tenían una duración determinada y podían ser fácilmente revocadas. Ambas características resultaban poco atractivas para los adultos afines, que preferían adoptar⁶²³.

En esta propuesta, las responsabilidades parentales del adulto afín no se verían extinguidas automáticamente tras la ruptura de la pareja de adultos. En relación con las responsabilidades parentales en general, el principio 3:30 CEFL establece que la responsabilidad parental termina cuando el menor (a) alcanza la mayoría de edad, (b) contrae matrimonio o forma una pareja registrada, (c) es adoptado, y (d) fallece. En nuestro ordenamiento, la «patria potestad» se articula como un instrumento que opera sobre «hijos e hijas no emancipados» (art. 154 CC), por lo que la mayoría de edad o la emancipación provocan su extinción (art. 239 CC)⁶²⁴. Por su lado, el art. 169 CC también prevé que la muerte del menor y su adopción por otra persona extingan la potestad parental que un adulto concreto ostentaba respecto a él, a no ser que se trate de la adopción por parte de, precisamente, un adulto afín. En tal caso, la responsabilidad parental del progenitor subsiste y el adulto afín la seguiría ostentando, si bien ahora como progenitor⁶²⁵.

⁶²¹ Las sec. 12(2), 33(3) y 44(4)(c) CA 1989 señalan la duración determinada de estas *orders*; Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 175; Nigel V. LOWE y Gillian DOUGLAS, *Bromley's family law*, 11th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 392.

⁶²² Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 36.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ La prórroga de la patria potestad ha sido eliminada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE núm. 132, de 03.06.2021.

⁶²⁵ Para una discusión más completa sobre la posibilidad de adopción por parte del adulto afín, *vid.* el capítulo siguiente.

De esta manera, de admitirse que terceros pudieran ejercer responsabilidades sobre un menor, esta relación jurídica se extinguiría con la llegada a la mayoría de edad. Esta, pues, comportaría efectos diferentes para progenitores y para adultos afines: entre el hijo o hija y los primeros subsistiría una relación de filiación con sus efectos correspondientes, mientras que el adulto afín que había sido responsable parental no mantendría una vinculación jurídica familiar con el hijo o la hija de su pareja. En cualquier caso, más allá de esta regla general y de modo similar a como ocurre con los progenitores, pueden darse otras situaciones o circunstancias que afecten a la responsabilidad parental entre el menor y el adulto afín⁶²⁶. A pesar de su vocación de permanencia, de acuerdo con el carácter funcional de las responsabilidades parentales, un mal ejercicio de estas o un incumplimiento de sus deberes fundamentales puede conllevar su extinción, mediante la privación de las responsabilidades parentales⁶²⁷. Esta medida, eminentemente tuitiva del menor, debe ser acordada judicialmente en su interés o beneficio⁶²⁸ y estar basada en la puesta en

⁶²⁶ Como respecto de cualquier otro titular de la responsabilidad parental, y de igual manera que en relación con la del menor, la muerte del adulto afín provocaría la extinción de su relación con el menor (art. 169 CC). Por otro lado, vale la pena señalar que, en las regulaciones que siguen una lógica de sustitución, la restauración de la responsabilidad parental por parte del progenitor no residente supondrá la extinción de la responsabilidad parental del adulto afín. Así como el cese de la causa relativa al progenitor residente (viaje, enfermedad, etc.) que causó la delegación del art. 674 CCCN. El CDFa va más allá y, de acuerdo con la norma aragonesa, la posibilidad de ejercicio de la autoridad familiar por parte del adulto afín se extingue ante la disolución del matrimonio. Al condicionar el CDFa esta atribución a la relación marital, prevé que la relación jurídica entre menor y adulto afín se extinga si así lo hace también la relación entre adultos: María Teresa DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa...», *op. cit.*, pp. 746, 747. Esta cuestión sin duda sitúa al tratamiento del adulto afín por el CDFa a caballo entre los dos modelos expuestos hasta ahora.

⁶²⁷ Jens M. SCHERPE, «Establishing and Ending Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 47. Katharina BOELE-WOELKI et al., *op. cit.*, p. 216. *Vid.*, en este sentido, principio 3:32 CEFL.

⁶²⁸ Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «Privación y recuperación de la patria potestad», en Luis Díez-PICAZO, Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1881-1888, p. 1883. Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor,

peligro o causación de un daño efectivo a su persona o sus bienes⁶²⁹. A la vez, la privación de la responsabilidad parental tiene un efecto perjudicial para el progenitor o el titular que se ve privado de esta, lo que supone una fuerte injerencia en la intimidad familiar. En consecuencia, su aplicación debe ser objeto de interpretación restrictiva y aplicarse excepcionalmente tras un análisis completo del caso concreto⁶³⁰.

Ahora bien, parte de las razones para establecer estos estándares tan estrictos obedecen a que privar de responsabilidad parental a un progenitor supone truncar un vínculo familiar⁶³¹. Sería por tanto cuestionable si estos se mantendrían en el caso de que el titular de la responsabilidad parental cuestionado no fuera un progenitor, sino un adulto afín con quien el menor no mantiene una relación de parentesco, si bien sí una «relación familiar» en el sentido del art. 8 CEDH⁶³².

de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses»: STS (Sala 1ª) núm. 415/2000, de 24 abril, MP: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de La Cuesta (ECLI:ES:TS:2000:3419).

⁶²⁹ No es suficiente con probar que el menor estaría mejor en otra situación familiar; Josep FERRER RIBA, «La responsabilidad parental en Europa», *op. cit.*, p. 140.

⁶³⁰ «El artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma» STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 900/2005, de 10 noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6908). El TEDH también se ha pronunciado sobre la necesaria interpretación restrictiva de las causas de privación de la responsabilidad parental [*Kutzner c. Alemania*, STEDH, de 26 de febrero de 2002 (núm. de rec. 46544/99) y *Wallová y Walla c. República Checa*, STEDH de 26 de octubre de 2006 (núm. de rec. 23848/04), entre otros]. Para un análisis exhaustivo de los estándares del TEDH. *Vid.* Claire FENTON-GLYNN, *op. cit.*, pp. 233 y 234; Josep FERRER RIBA, «La responsabilidad parental en Europa», *op. cit.*, n. 64.

⁶³¹ *Kutzner c. Alemania*, pár. 61; y *Wallová y Walla c. República Checa*, pár. 71.

⁶³² *Vid. V.D. y otros c. Rusia* STEDH de 9 de abril de 2019, (núm. de rec. 72931/10). En el caso, un menor había convivido en situación de acogimiento con la recurrente durante los primeros nueve años de su vida debido a que, a causa de su enfermedad congénita, sus progenitores habían declarado no poder hacerse cargo de él. Transcurrido tal periodo de tiempo y habiendo mejorado su salud, sus progenitores decidieron recuperar el ejercicio de responsabilidades parentales y su guarda. El TEDH, a pesar de considerar que entre la recurrente y el menor existía «vida familiar» en el sentido del art. 8 CDH, consideró adecuado a derecho la finalización de la situación de acogimiento y el retorno del menor a sus progenitores

Por ejemplo, se observa esta diferencia de trato entre progenitor y adulto afín con responsabilidades parentales en el derecho inglés-galés. En este ordenamiento jurídico, pese a que las responsabilidades del *stepparent* no están sujetas a plazo ni son renunciables, pueden ser terminadas mediante orden judicial en un procedimiento a instancia de cualquier titular de la responsabilidad parental o del propio menor [sec. 4A(3) CA 1989]⁶³³. A pesar de que la terminación de responsabilidades parentales de un adulto afín, como en relación con las de un progenitor no casado con la madre, debe aplicarse de manera restrictiva, estos no gozan de una presunción de «continuidad» de la responsabilidad parental (de la que sí gozan las madres y a los progenitores casados o unidos en *civil partnership* con ellas)⁶³⁴. El modelo para la terminación de la delegación de *autorité parentale* del CCF es incluso más amplio. De acuerdo con el art. 377-2 CCF, tanto progenitores como adulto afín delegatario pueden presentar una demanda judicial de extinción de la delegación antes de la mayoría de edad del menor⁶³⁵, siempre que se den nuevas circunstancias que la justifiquen, de acuerdo con el interés superior del menor⁶³⁶.

Así, aunque las responsabilidades parentales del adulto afín no fueran inherentemente dependientes de la relación de pareja entre los adultos, la ruptura de esta podría provocar una reevaluación de la situación familiar que extinguiera la voluntad de que el adulto afín ejerciera

⁶³³ Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 722 y 725. De nuevo, las responsabilidades parentales del adulto afín reciben el mismo tratamiento que las sec. 4(2) y (3), y 4ZA(2) y (3) CA 1989 ofrecen a los progenitores no casados ni unidos en *civil partnership* con la madre: Jens M. SCHERPE, «Establishing and Ending Parental Responsibility...» *op. cit.*, n. 104; Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 173.

⁶³⁴ *Re D (Withdrawal of Parental Responsibility)* [2014] EWCA Civ 315, pár. 14, y Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 724; MV ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, p. 274. Las responsabilidades parentales de estos últimos sólo pueden ser terminadas mediante una orden de adopción o un acuerdo de gestación subrogada a favor de otras personas que transfieren también la cualidad de progenitor (*parenthood*).

⁶³⁵ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 71. Para lo cual también existe un formulario estandarizado: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R56731> (f.c.: 23.11.2022).

⁶³⁶ Laurence FRANCOZ TERMINAL, *op. cit.*, p. 269.

responsabilidades parentales. Ahora bien, para garantizar que al solicitar la atribución de responsabilidades parentales se estuviera asumiendo un compromiso estable con el menor, esta extinción no podría ser presentada unilateralmente por el adulto afín, sino que debería hacerlo con el acuerdo del resto de titulares de la potestad parental y del menor si procediera. A la vez, para evitar que alguno de los progenitores pudiera unilateralmente excluir al adulto afín con responsabilidades parentales de la vida del menor sin mediar justa causa, tampoco podría este presentar la solicitud de extinción unilateralmente. Teniendo en cuenta el acuerdo de todas las partes implicadas para extinguir las responsabilidades parentales, la autoridad judicial debería proceder a acordarla a no ser que esta resultara gravemente perjudicial para el menor.

2.4. Adquisición de responsabilidades parentales tras la ruptura de la pareja

Por otro lado, la ruptura de la relación entre adultos puede ser un momento crítico para considerar la adquisición de responsabilidades parentales por parte del adulto afín. Remitiéndome a la situación planteada en el capítulo anterior⁶³⁷, en la que el adulto afín no ve institucionalizada su situación más allá del régimen automático del cuidador afín pero sí que *de facto* asume un rol parental, la atribución de responsabilidades parentales podría resultar la opción más adecuada si se estimara conveniente que el menor continuara bajo su guarda tras el cese de la convivencia familiar.

Esta opción es posible en algunas de las regulaciones analizadas. En primer lugar, lo es en aquellas en que el sujeto legitimado para obtener responsabilidades parentales no es necesariamente la pareja del progenitor. Ahora bien, tanto en derecho neerlandés como francés esta será una posibilidad más bien reducida, en tanto que en ambos ordenamientos se requiere el acuerdo de todos los titulares de la responsabilidad parental. En derecho neerlandés, el art. 253t BW

⁶³⁷ *Vid.* subapartado 3.2.2. del capítulo III *supra*.

requiere de la acción conjunta de adulto afín y progenitor titular de la responsabilidad parental. Consiguientemente, en teoría, esta atribución post ruptura podría darse, pero solo contando con el consentimiento de la expareja, el único progenitor titular de la responsabilidad parental. Similarmente, de acuerdo con el CCF, una expareja puede ser claramente un *proche de confiance*, pero la delegación requerirá del consentimiento de todos los progenitores⁶³⁸.

En este escenario, puede resultar aún más patente la necesidad de, al menos, prever la posibilidad de que las responsabilidades parentales puedan ser adquiridas por un adulto afín aún en contra de la voluntad de los progenitores. Si bien, como he señalado, esta debería aplicarse de manera muy restrictiva y excepcional, no parece aconsejable impedir cualquier posibilidad de que un ex adulto afín ostente responsabilidades parentales sobre un menor si no cuenta con el apoyo de los progenitores. En cambio, un análisis casuístico puede resultar mucho más adecuado. Esta es una posibilidad que únicamente permite, si bien de manera muy limitada, el derecho inglés y galés. La atribución de responsabilidades parentales por parte expareja del progenitor no sería subsumible en la sec. 4A CA 1989, por lo que no podría realizarse mediante un acuerdo privado y quedaría disponible únicamente la vía judicial. Ahora bien, esta expareja podría solicitar judicialmente la atribución de responsabilidades parentales sin necesidad de autorización previa (*leave*) siempre que, alternativamente: (a) menor y adulto afín hubieran convivido durante al menos tres años o (b) pudiera aplicarse al caso el concepto de *child of the family* [sec. 10(5) CA 1989]⁶³⁹.

2.5. El supuesto especial de la muerte del progenitor residente

Por otro lado, la convivencia familiar puede verse truncada si fallece el progenitor con responsabilidad parental. Cuando esto ocurre, pueden

⁶³⁸ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 188.

⁶³⁹ Como en el derecho neerlandés y francés, esta solicitud judicial sin autorización previa también es posible si se cuenta con el consentimiento de los titulares de la responsabilidad parental.

identificarse tres supuestos: que este progenitor no fuera el único ejerciente de responsabilidades parentales, sino que las hubiera compartido con otro progenitor y/o el adulto afín, que las hubiera ejercido en solitario existiendo otro progenitor, o que las hubiera ejercido en solitario sin existir otro progenitor.

Ante el primero de los supuestos, la regla general en los principios europeos es que el otro progenitor o titular pase a ser el único titular y ejerciente de la responsabilidad parental [principio 3:31(1) CEFL]⁶⁴⁰. De las regulaciones analizadas, la neerlandesa es la única que prevé explícitamente el supuesto de que el otro ejerciente de las responsabilidades parentales superviviente no fuera un progenitor, sino un adulto afín en virtud del art. 1235t BW. En este caso, el adulto afín se convierte, *ope legis*, en el único responsable parental del menor; si bien, el otro progenitor, en caso de existir, puede solicitar judicialmente obtener responsabilidad parental (1: 253x BW). En el supuesto de que no hubiera existido otro progenitor ejerciente y hubiera sido el adulto afín el corresponsable, el derecho aragonés introduce un sistema flexible que permite prescindir de la constitución formal de una tutela (art. 85.2 CDFFA)⁶⁴¹. A diferencia del supuesto hasta ahora expuesto en el que el adulto afín compartía el ejercicio de la autoridad familiar de su cónyuge; en defecto del cónyuge-progenitor, el adulto afín puede asumir la titularidad de la autoridad familiar, que no el mero ejercicio. De esta manera, con el reconocimiento *ope legis* de la titularidad de la autoridad familiar se pretende reconocer jurídicamente la asunción de la crianza de los menores por sus parientes que se da frecuentemente de facto y evitar la intervención judicial necesaria en la constitución y durante el ejercicio de la una relación tutelar (arts. 100 y ss. CDFFA) e incluso el control judicial de la guarda de hecho del menor (arts. 156 y ss. CDFFA). Se presume que, en el marco de las relaciones entre el menor y estas

⁶⁴⁰ Josep FERRER RIBA, «La responsabilidad parental en Europa», *op. cit.*, p. 144.

⁶⁴¹ En general, el derecho aragonés prevé que, en defecto de los progenitores, otras personas asuman la autoridad familiar sobre sus hijos en el siguiente orden de preferencia (si bien cualquiera de los progenitores puede hacer disposiciones testamentarias diferentes que vinculan a la autoridad judicial: arts. 88.2 y 114 CDFFA): además del cónyuge del progenitor fallecido, abuelos (art. 86 CDFFA) y hermanos mayores de edad (art. 87 CDFFA).

personas cercanas, no es necesario el control judicial; si bien, la autoridad judicial deberá pronunciarse sobre la asunción de los poderes de representación y de disposición de los bienes del menor (que no forman parte de la autoridad familiar).

En todo caso, si antes de la muerte del progenitor residente, el menor se encontraba ya bajo el cuidado del adulto afín, esta situación debería de poder mantenerse incluso si existe otro progenitor ejerciente o potencialmente ejerciente. De esta manera, podría darse que adulto afín y progenitor no residente pasaran a ejercer conjuntamente las responsabilidades parentales. Esta posibilidad, aunque chocante por visibilizar aún más la disociación entre conyugalidad y parentalidad, no debería, *a priori*, presentar demasiados inconvenientes a nivel jurídico especialmente si el adulto afín obtuvo responsabilidades parentales contando con el acuerdo del progenitor no residente. Esta coparentalidad sería perfectamente subsumible en el supuesto del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales por parte de dos progenitores que viven separados, si bien el progenitor mantendría, como tal, un estatuto un tanto diferenciado.

Respecto al segundo grupo de casos, quizás el criterio europeo común es más discutible en tanto que muchas normas prevén que el progenitor no ejerciente de la responsabilidad parental la recupere [principio 3:31(2) CEFL]. Ahora bien, realizar un análisis casuístico de cada situación parece preferible a establecer una regla automática de recuperación de la responsabilidad parental de un progenitor que no tenía atribuido su ejercicio con anterioridad⁶⁴². En estas circunstancias, el fallecimiento del progenitor podría constituir un momento idóneo para atribuir responsabilidades parentales al adulto afín, de manera análoga a como he señalado en los casos de ruptura de pareja.

En el tercero de los casos, en el que el menor queda sin responsable parental ni progenitor vivo, debe acudir a las instituciones de protección de los menores [principio 3:31(3) CEFL]; siendo una opción que el adulto afín se convierta en tutor del menor.

⁶⁴² Josep FERRER RIBA, «La responsabilidad parental en Europa», *op. cit.*, p. 145.

3. Contenido de las responsabilidades parentales del adulto afín

A diferencia del régimen propuesto en el capítulo anterior, el alcance de las responsabilidades parentales del adulto afín se extendería más allá de las decisiones de la vida diaria. Aun así, los progenitores, como parte de una relación de filiación con el menor, retendrían ciertas potestades específicas.

A continuación, analizo el contenido personal y patrimonial de las responsabilidades parentales, destacando aquellas cuestiones relativas a los hijos e hijas que siguen siendo competencia exclusiva de los progenitores. Por otra parte, analizo la cuestión del mantenimiento económico del menor y su conveniencia o no de incluirla en el conjunto de deberes de un responsable parental no progenitor. Finalmente, abordo la conveniencia de determinar ciertos efectos sucesorios derivados de la atribución de responsabilidades parentales.

3.1. Contenido personal y patrimonial de las responsabilidades parentales

En la mayoría de regulaciones, las responsabilidades parentales se caracterizan por tener tanto una dimensión personal, consistente en las obligaciones de velar y proveer cuidados de diversa índole al menor, como una dimensión patrimonial, conformada por la administración de los bienes y la representación del menor (principio 3:1 CEFL). Así es, por ejemplo, en relación con los conceptos de «patria potestad» del art. 154 CC⁶⁴³, de «potestad parental» del art. 236-17.1 CCCat⁶⁴⁴, de *parental*

⁶⁴³ «[...]Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.»

⁶⁴⁴ «Els progenitors, en virtut de llurs responsabilitats parentals, han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral. Els progenitors també tenen el deure d'administrar el patrimoni dels fills i de representar-los.»

responsibility de la sec. 3(1) CA 1989⁶⁴⁵, de *ouderlijk gezag* del art. 245.4 BW⁶⁴⁶ o de la responsabilidad parental del art. 638 CCCN⁶⁴⁷.

Por el contrario, el concepto de autoridad familiar de los arts. 63 y ss. CDFa, si bien tiene un contenido personal análogo a todos los anteriores, no incluye el deber de representar y administrar los bienes del menor como parte de su contenido⁶⁴⁸. Estas, de acuerdo con el artículo 9.1 CDFa, son funciones que corresponden a los progenitores. De esta manera, el art. 88.3 CDFa, que regula las condiciones en las que terceras personas asumen la autoridad familiar, excluye la posibilidad de que esta asunción comporte también, automáticamente, la de estas dos funciones⁶⁴⁹.

El resto de regulaciones también reservan una serie de materias exclusivamente a los progenitores⁶⁵⁰. En particular, se trata de la facultad de asentir a la adopción del hijo, aunque solo para aquellos progenitores que ostentan responsabilidades parentales (arts. 117.2 CC y 235-41 CCCat). El tutor del menor, en cambio no asiente a la adopción, si bien debe ser oído (arts. 177.3 CC y 235-43 CCCat). Sucede así también en Inglaterra y Gales, donde la sec. 12(3)(b) CA 1989 excluye del ámbito de las responsabilidades parentales de terceros el derecho a asentir (*to agree*) a la adopción del menor, pero la sec. 1(4)(f) ACA 2002 establece su derecho a ser oídos, como personas unidas por una relación

⁶⁴⁵ «“[P]arental 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.»

⁶⁴⁶ «La responsabilidad parental comprende el cuidado de la persona del menor, la administración de su propiedad, y su representación» (traducción propia).

⁶⁴⁷ «La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.» El art. 639 CCCN concreta estos deberes, entre los que se encuentra representarlo y administrar el patrimonio del hijo (letra f).

⁶⁴⁸ José Antonio SERRANO GARCÍA, «Artículo 63», *op. cit.*, p. 168.

⁶⁴⁹ Esta desagregación del contenido personal y patrimonial de las responsabilidades parentales, según algunos autores, ha facilitado que el ejercicio de la autoridad familiar sea asumido por terceras personas de una manera más sencilla y flexible a otros códigos españoles: José Antonio SERRANO GARCÍA, «Artículo 85» *op. cit.*, p. 210.

⁶⁵⁰ Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 34.

significativa con el menor. Por otro lado, también corresponde a los progenitores la designación de un tutor para un menor de edad [art. 201 CC y sec. 12(3) (c) CA 1989]⁶⁵¹. Por último, la emancipación de un menor de edad podría ser concedida, además de judicialmente, por los progenitores de este (art. 239 CC). Aunque el código utiliza la locución «por concesión de quienes ejerzan la patria potestad» (art. 241 CC), se refiere explícitamente a los progenitores al referirse a la audiencia en la emancipación judicial. Precisamente, una de las causas para esta es el hecho de que un progenitor forme una familia reconstituida (art. 244.1º CC).

Estas limitaciones al alcance de las responsabilidades parentales de terceros, manteniendo ciertas decisiones que afectan de manera fundamental a la vida e incluso a la identidad del menor en todo caso como exclusivas de los progenitores, no resultan desproporcionadas y sirven para diferenciar el estatuto del progenitor del de un mero responsable parental⁶⁵². Pero, además, plantear la atribución de responsabilidades parentales al adulto afín como una opción de difracción del estatuto parental⁶⁵³ desde un punto de vista técnico puede resultar útil. Ciertamente, ello permitiría un mejor reflejo jurídico de la realidad vivida en cada familia reconstituida. Es decir, si bien la atribución de responsabilidades parentales al adulto afín debería comportar un contenido mínimo de facultades y deberes por parte de este (por ejemplo, los relacionados con el cuidado personal del menor) y unas limitaciones en todo caso relacionadas con las facultades exclusivas de los progenitores en relación con la adopción, designación de tutor o emancipación, el resto de cuestiones podrían dejarse a la consideración de las partes. El contenido concreto de estas

⁶⁵¹ El art. 225-5 CCCat se refiere a los titulares de la potestad parental que, de acuerdo con el derecho civil catalán, solo pueden serlo los progenitores.

⁶⁵² Ahora bien, parece adecuada y razonable la opción de Inglaterra y Gales de incluir entre las personas que deben ser oídas en el procedimiento de adopción de un menor al adulto afín que ostenta responsabilidades parentales y, en este sentido, deberían incluirse también en el ordenamiento jurídico español, como ya se hace en relación con el tutor (arts. 177.3 CC y 235-43 CCCat).

⁶⁵³ Geoffrey WILLEMS y Jehanne SOSSON, *op. cit. Vid.* subapartado 1.3. del capítulo II *supra* para una discusión de este concepto y el resto propuesto por estos autores.

responsabilidades podría de esta manera reflejarse en el acuerdo de constitución⁶⁵⁴. Por un lado, en el acuerdo podría concretarse una distribución de funciones entre los diferentes responsables parentales, tal y como se permite en relación con los progenitores⁶⁵⁵. Por otro lado, podrían incluirse o excluirse mediante pacto algunas materias. Por ejemplo, respecto de las facultades de representación o administración de los bienes del menor, tal y como hace el CDFa, si bien de manera opcional en este caso. En este sentido, podrían también considerarse como contenido opcional las siguientes dos cuestiones que se plantean.

3.2. Manutención del menor

Tal y como avanzaba en el capítulo anterior⁶⁵⁶, la posibilidad de establecer un deber de manutención por parte del adulto afín es seguramente una de las cuestiones más relevantes, a la par que conflictivas, a analizar en relación con la regulación de su estatuto jurídico. En este capítulo, sin embargo, no abordo tal posibilidad como una manifestación del deber de solidaridad familiar durante la convivencia familiar, sino como un verdadero deber de alimentar a un menor respecto del cual se es responsable parental, con independencia de los gastos en que se pueda incurrir mientras se tiene al menor en su guarda, si es el caso.

A continuación, exploro diversos fundamentos para un posible deber de manutención por parte del adulto afín que fuera independiente de la convivencia o no conjunta o que, precisamente, aflorara tras una ruptura

⁶⁵⁴ Por ejemplo, aunque en derecho neerlandés el adulto afín que asume responsabilidades parentales lo hace con el mismo alcance que un progenitor, la solicitud de responsabilidades parentales puede acompañarse de la del cambio de los apellidos para que el menor obtenga tanto el del progenitor como el del adulto afín que están presentando la solicitud (art. 1:253t.3 BW).

⁶⁵⁵ El art. 236-9 CCCat permite el ejercicio de la «potestad parental» con distribución de funciones, entre los progenitores. El art. 156 CC permite que la autoridad judicial acuerde el mismo modo de ejercicio entre los progenitores cuando estos viven separados o se producen desacuerdos reiterados entre ellos.

⁶⁵⁶ *Vid.* apartado 4 del capítulo anterior en el que se analiza la manutención del menor durante una relación afín de cuidado, en la que existe convivencia familiar, basada en el principio de solidaridad familiar.

de dicha convivencia. En primer lugar, contrapongo dos posibles concepciones respecto de la obligación de alimentar un menor: la de considerarla una consecuencia exclusiva de la relación de filiación, o la de considerarla, además, parte de las responsabilidades parentales. Aunque me inclino favorablemente por la segunda opción, en el caso de que se prefiriera la primera, expongo un posible fundamento para el establecimiento de una obligación excepcional que pudiera aflorar tras el cese de la convivencia entre menor y adulto afín⁶⁵⁷.

3.2.1. Una obligación con fundamento en la relación de filiación

En derecho español, la relación de filiación es la causa primera de la obligación de alimentar a un menor en tanto que establece la relación de parentesco necesaria para que opere (a) el derecho-obligación de alimentos entre parientes, de acuerdo con los arts. 142 y ss. CC y (b) la obligación de alimentar a los hijos del art. 110 CC, que se erige como un «caso especial» y justifica un régimen diferenciado, de acuerdo con el art. 153 CC⁶⁵⁸. Así, en el ordenamiento español, la obligación de manutención de un menor de edad se considera una consecuencia legal de la filiación independiente de las responsabilidades parentales (art. 110 CC)⁶⁵⁹. Se trata de una «obligación legal que pesa sobre los progenitores,

⁶⁵⁷ Como se verá, este fundamento podría servir para imponer una obligación de manutención con independencia de que el adulto afín tuviera atribuido el ejercicio de responsabilidades parentales o no. Ahora bien, la asunción voluntaria de estas sería valorada positivamente a efectos de establecer dicha obligación.

⁶⁵⁸ A diferencia del derecho-deber de alimentos entre parientes, este deber de alimentos no requiere que exista necesidad del alimentado, no es recíproco en tanto que únicamente los progenitores se lo deben a los hijos e hijas, su alcance es más amplio (el contenido al que hace referencia el art. 142 es tan solo un mínimo) y únicamente se debe durante la minoría de edad del hijo o hija: Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «El contenido personal de la patria potestad», en Luis Díez-PICAZO, Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1838-1855, en pp. 1840-1841. En derecho francés, también se produce esta distinción entre un concepto de obligación alimentaria estricta y una obligación, más amplia, de mantenimiento: Laurence FRANCOZ TERMINAL, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁵⁹ «Parece indudable pues, [...], que hoy este deber de alimentar a los hijos menores es una manifestación y consecuencia directa de la mera relación paterno filial, antes, por encima y al margen de la patria potestad, que es, ella también, otro efecto jurídico de la relación de filiación per se»: Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «El contenido

que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, [...] al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan

personal de la patria potestad», *op. cit.*, p. 1841. Ahora bien, cuando el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto de esta obligación, no sólo se ha referido a la relación de filiación y al art. 110 CC para destacar su régimen especial, sino que también ha mencionado el hecho de que el menor se encuentre sujeto a *patria potestad* y que el art. 154 CC considere el deber de alimentar como contenido de dicha institución. Así, por ejemplo, en su sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 918/93, de 5 de octubre de 1993, MP: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres (ECLI:ES:TS:1993:6585): «aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores *como una obligación comprendida en la patria potestad -artículo 154.1 del Código Civil-*, lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, artículo 145.3 del Código y *precisamente por incardinarse en la patria potestad*, derivando básicamente de la relación paterno filial -artículo 110- no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes, que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados» (énfasis añadido). También en su sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 749/2002, de 16 julio de 2002, MP: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández (ECLI:ES:TS:2002:5369): «la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad [...]. Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a *alimentos debidos a consecuencia de patria potestad* (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas *habida cuenta el vínculo filiación y la edad*» (énfasis añadido). Es claro que la especificidad de este deber de alimentos radica en la existencia de un vínculo de filiación y la minoría de edad del hijo o hija, no de si este se encuentra sometido o no a la *patria potestad* del progenitor alimentista (en este sentido, arts. 39.3 CE y 110 CC). Sin embargo, la inclusión del deber de alimentar en el art. 154 CC y sus continuas referencias en sede de alimentos en la jurisprudencia y la doctrina [*vid.* por ejemplo, Ana CAÑIZARES LASO, «Obligaciones familiares básicas», en Luis Díez-PICAZO, Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 135-162, p. 158] generan cierta confusión o ambigüedad respecto a cuál es el verdadero fundamento de esta obligación de alimentos específica. Esta incoherencia técnica puede no suponer un gran problema en la actualidad dado que el ordenamiento jurídico español no admite que personas diferentes de los progenitores ostenten responsabilidades parentales. Sin embargo, deviene una reflexión obligada si se pretende admitir esta posibilidad (en este sentido, *vid.* el subapartado siguiente).

incondicionales de inicio»⁶⁶⁰. Así se ha entendido incluso en los supuestos en que, aplicándose el CDFA, el adulto afín ejerce la autoridad familiar conjuntamente con su cónyuge. A pesar de que el art. 65.1.b) CDFA establece que la autoridad familiar comprende el deber de sustentar y alimentar a los hijos⁶⁶¹, los tribunales lo interpretan como un deber recíproco de los cónyuges que no afecta de ninguna forma a la obligación de alimentos de los progenitores legales, establecido en los arts. 58 y 59 CDFA⁶⁶².

En una línea similar, en el derecho de Inglaterra y Gales, a pesar de que terceras personas pueden ser responsables parentales, los responsables de mantener económicamente al menor son los progenitores legales⁶⁶³. En este sentido, la *Child Support Act* 1991 (de ahora en adelante CSA 1991) establece que «*each parent of a qualifying child is responsible for maintaining him*» (sec. 1 CSA 1991)⁶⁶⁴. Así, las responsabilidades parentales, que pueden ser potencialmente ostentadas por terceros en este ordenamiento, no comportarían la obligación de mantener económicamente al menor, que se mantiene ligada al estatuto de progenitor⁶⁶⁵. Un adulto afín que no ha adoptado al hijo o hija de su pareja, y no es por tanto un progenitor legal, no puede ser responsable

⁶⁶⁰ STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 55/2015, de 12 de febrero, MP: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz, (ECLI:ES:TS:2015:439), FJ 3.

⁶⁶¹ Se trata de la misma duplicidad que se da los arts. 110 y 154 CC, comentada en la n. 6599. Nótese que esto también sucede en derecho catalán: de acuerdo con el art. 235-2.2 CCCat la filiación determina los alimentos debidos de progenitores a hijos. A la vez, el art. 236-17 CCCat considera la prestación de alimentos parte del contenido de la potestad parental. El TSJC ha ido más allá al hacer referencia a este último artículo y a la potestad parental del progenitor que debía proveer alimentos a su hija mayor de edad: STSJC (Sala de lo Civil y Penal) núm. 11/2017, de 2 de marzo, MP: Ilma. Sra. Nuria Bassols Muntada (ECLI:ES:TSJCAT:2017:1448).

⁶⁶² *Vid.* subapartado 4.1.1. del capítulo II *supra*.

⁶⁶³ Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 367; Nicholas WIKLEY, «Financial Support for Children after Parental Separation: Parental Responsibility and Responsible Parenting», en Rebeca PROBERT, Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart, 2009, pp. 273-294, p. 276.

⁶⁶⁴ Se considera «parent» a «*any person who is in law the mother or father of the child*». (sec. 54 CSA 1991).

⁶⁶⁵ Andy HAYWARD, *op. cit.*, p. 237. Para una crítica a esta decisión política, *vid.* Rebecca BODEN y Mary CHILDS, «Paying for procreation: Child support arrangements in the UK», *Feminist Legal Studies*, vol. 4/2, 1996, pp. 131-157, p. 156.

de su manutención de acuerdo con la CSA 1991⁶⁶⁶. Si bien este sistema admite una excepción (que el menor sea considerado un *child of the family* para el adulto afín)⁶⁶⁷, el derecho de Inglaterra y Gales no considera que la manutención del menor sea parte de las obligaciones de las responsabilidades parentales, sino del estatuto del progenitor⁶⁶⁸.

En las instituciones del CC más cercanas al ejercicio de responsabilidades parentales por terceros, las de la tutela y la guarda y acogimiento de menores, la cuestión del mantenimiento de los menores tampoco es del todo clara. Por un lado, de acuerdo con el art. 228 CC, el tutor no sería responsable de prestar alimentos, sino únicamente de procurárselos al menor, por lo que conserva una acción de reembolso contra los verdaderos obligados si así lo hace. Por el otro, en el caso del acogimiento de menores, tanto el art. 173 CC como el art. 20bis.2.a) LOPJM establecen la obligación de la familia acogedora de alimentar al menor⁶⁶⁹. Ahora bien, de acuerdo con el art. 172ter.4 CC, la Entidad Pública competente podrá establecer «la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos»⁶⁷⁰. La inclusión de los tutores como responsables en este supuesto contrasta con la aparente falta de obligación de alimentar según el art. 228 CC y plantea serias dudas respecto a la afirmación de que quien ostenta funciones tutelares no está obligado a alimentar al menor.

⁶⁶⁶ Nicholas WIKLEY, *Child support: law and policy*, Oxford, Hart, 2006, 89-115 pp., p. 224.

⁶⁶⁷ Que será analizada en las propuestas para establecer una responsabilidad excepcional; *vid.* subapartado 3.2.3. *infra*.

⁶⁶⁸ De acuerdo con WIKLEY, se privilegia una concepción formal, a menudo basada en la biología, de la parentalidad sobre la social en cuestiones de sostenimiento económico del menor: Nicholas WIKLEY, *Child support: law and policy*, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁶⁹ En consonancia, el art. 20bis.1.k) LOPJM establece el derecho de estas familias de percibir una compensación económica.

⁶⁷⁰ Énfasis añadido.

En conclusión, aunque en el ordenamiento español, y con el objetivo de garantizar una responsabilidad procreacional, la obligación de alimentos se asocia a la relación de filiación, en algunas ocasiones esta también se desprende del mero ejercicio de las responsabilidades parentales.

3.2.2. Una obligación con fundamento en la responsabilidad parental

En este sentido, considerar que la manutención del menor forma parte del contenido de las responsabilidades parentales, con independencia de que exista o no una relación de filiación, se erige como una posibilidad coherente en el marco de una propuesta de atribución de estas a terceras personas. Lo contrario puede resultar incongruente en tanto que responsabilizarse de un menor no implica únicamente satisfacer sus necesidades afectivas, sino también proveer de las condiciones materiales necesarias para hacerlo⁶⁷¹. Un ordenamiento que sí apuesta por establecer una obligación de manutención del adulto afín que ostenta responsabilidades parentales tanto durante la convivencia como una vez extinguida esta es el neerlandés. El art. 1:253w BW establece la obligación del adulto afín responsable parental de mantener

⁶⁷¹ En este sentido, *vid.* el art. 27.2 CNUDN que establece que «[a] los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño». Al diferenciar entre progenitores y terceros encargados del niño, pero hacerlos a ambos tipos de adultos responsables de su manutención, la Convención liga la crianza con la manutención o sustento económico. Ha señalado la incongruencia del derecho de Inglaterra y Gales: Andrew BAINHAM, *Children: the modern law, op. cit.*, p. 407. Sobre la relevancia moral y simbólica de establecer una obligación de sustento económico entre personas para que el vínculo sea considerado familiar, *vid.* Nigel V. LOWE y Gillian DOUGLAS, *op. cit.*, p. 773. Jonathan HERRING, «Connecting Contact: Contact in a Private Law Context», en Andrew BAINHAM, Bridget LINDLEY, Martín RICHARDS, Liz TRINDER, (eds.), *Children and their families*, Oxford - Portland, Hart, 2003, pp. 89-116, p. 95. Esta incongruencia ha sido puesta de manifiesto también en la práctica. En el caso *T v B* [2010] EWHC 1444 (Fam) la madre de una menor señaló críticamente la posición de su expareja quien, por un lado, había solicitado obtener responsabilidad parental sobre la hija de esta y, por otro, rechazado tener ninguna obligación de manutención sobre ella. La *High Court*, sin embargo, determinó esta configuración conforme a derecho y, aunque consideró que el resultado obtenido es sorprendente, consideró que así había sido la voluntad del legislador (pár. 65).

económicamente al menor, incluso una vez finalizada la convivencia por un periodo de tiempo igual a la duración de esta, a no ser que judicialmente se acuerde una duración superior a petición del progenitor y en función de circunstancias excepcionales⁶⁷².

En mi opinión, considerar que la manutención forma parte del contenido de las responsabilidades parentales es lo más adecuado y acorde con el interés superior del menor. En todo caso, este podría ser una de los deberes derivados de la responsabilidad parental que se excluyeran explícitamente en el acuerdo de atribución, en la línea de lo expuesto en el subapartado 3.1. *supra*.

Considerar que de la atribución de responsabilidades parentales se deriva una obligación de manutención no es incompatible con que dicha obligación se derive también de la relación de filiación, si bien resultaría conveniente la clarificación y explicitación de ambos fundamentos. En el caso de las familias reconstituidas, esta explicitación del vínculo entre responsabilidades parentales y alimentos supondría que el sustento del menor no se viera afectado ante una posible crisis familiar. De esta manera, a pesar de la ruptura de la convivencia, el adulto afín continuaría teniendo atribuido el ejercicio de la responsabilidad parental y la consecuente obligación de manutención⁶⁷³. De acuerdo con estos planteamientos, el ordenamiento jurídico podría distinguir entre dos tipos de obligaciones de alimentos: una debida a los hijos menores y otros menores a cargo, derivada bien de la filiación, bien de la responsabilidad parental⁶⁷⁴; y otra obligación de alimentar a los descendientes en el marco de la regulación del derecho-obligación de alimentos entre parientes (tal y como actualmente se encuentra regulada en los arts. 142 y ss. CC).

⁶⁷² Esta responsabilidad, en todo caso, finaliza cuando el que había sido menor alcanza la edad de 21 años. *Vid.* Art. 1:253w BW *in fine* y Christina G. JEPPESEN DE BOER, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁷³ *Vid.* subapartado 2.3. de este capítulo *supra*.

⁶⁷⁴ De esta manera, serían responsables de la alimentación del menor tanto el progenitor biológico que no ostenta las responsabilidades parentales, como el adulto afín que no tiene una relación de filiación determinada respecto del menor, pero sí es formalmente uno de sus responsables parentales.

Por último, vale la pena notar que, evidentemente, esta obligación, por ser parte del contenido de la responsabilidad parental, finalizaría una vez el menor alcanzase la mayoría de edad, pues llegado este momento, ningún vínculo jurídico uniría al adulto afín y al hijo o hija de su pareja. En comparación a la obligación de los progenitores, la obligación «especial» de alimentos que estos deben a sus hijos menores también se extingue alcanzada la mayoría de edad, si bien persiste el deber recíproco de alimentos entre parientes de acuerdo con el régimen general de los arts. 142 y ss.⁶⁷⁵.

3.2.3. Una obligación *ad hoc* de carácter excepcional

Por otro lado, puede considerarse inadecuado vincular una obligación de alimentos al contenido de las responsabilidades parentales y, a la vez, no descartar de manera absoluta la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el adulto afín pueda ser obligado a proveer sustento al hijo o hija de su pareja tras la extinción de la convivencia familiar. Desde la perspectiva del interés superior del menor, es evidente que extender la obligación de mantenimiento del adulto afín más allá de la convivencia es positivo. Ciertamente, añadir un obligado más a mantener y alimentar a un menor comporta conferirle una medida de protección adicional de su integridad⁶⁷⁶. Ahora bien, es necesario encontrar una justificación más allá del bienestar del menor para establecer la obligación de alimentos ya que esta, por sí sola, es insuficiente para concretarla respecto de una persona (el adulto afín, respecto de quien no existe un rol social uniforme) y circunstancias determinadas (una vez finalizada la relación con su progenitor)⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 395/2017, de 22 junio, MP: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas (ECLI:ES:TS:2017:2511).

⁶⁷⁶ Alison HARVISON YOUNG, «The Child Does Have 2 (Or More) Fathers...: Step-parents and Support Obligations», *McGill Law Journal*, vol. 45, 2000, pp. 107-131, p. 115; Encarnación ROCA TRIAS, «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», p. 234.

⁶⁷⁷ Carol ROGERSON, «The child support obligation of step-parents», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 18, 2001, p. 36. Siguiendo esta máxima, podríamos hacer responsable a cualquier persona en cualquier situación. Algo similar ocurre con los argumentos utilitaristas que pretenden evitar gasto público estatal. Más allá de si es o

Algunos ordenamientos encuentran este fundamento en la asunción de una parentalidad funcional⁶⁷⁸.

En este sentido, la doctrina *in loco parentis*, tradicional del *common law* estadounidense, comenzó a utilizarse en el siglo XX para impedir el reembolso de cantidades abonadas por el adulto afín para mantener a los hijos de su cónyuge durante la convivencia. La justificación se basaba en que estas aportaciones al mantenimiento del menor se habían producido durante una convivencia en la que los adultos afines habían actuado *in loco parentis*, es decir, como lo haría un progenitor en relación con los hijos e hijas de su pareja⁶⁷⁹. Ahora bien, en tanto que el elemento crucial para determinar que alguien actúa *in loco parentis* es la intención de esta persona⁶⁸⁰, esta puede unilateralmente renunciar a su consideración como tal una vez se extingue la convivencia y así evitar cualquier obligación para con el menor tras la ruptura. Por tanto, según una interpretación clásica de la posición *in loco parentis*, no existe una obligación de mantenimiento post ruptura⁶⁸¹.

Sin embargo, la vigencia actual de esta doctrina en el derecho estadounidense se encuentra cuestionada dada la proliferación de estatutos de parentalidad funcional a los que se asocian ciertas

no una finalidad a perseguir, no es una razón que, por sí sola, justifique la imposición de la obligación al adulto afín ; *vid.* Dominique GOBAU, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁷⁸ *Vid.* subapartado 5.1. del capítulo I para un análisis de estos conceptos.

⁶⁷⁹ *Harris v. Lyon*, 140 P. 825, 826 (Ariz. 1914) y *Schwieter v. Heathman's Estate*, 264 S.W. 2d 932, 933 (Mo. Ct. App. 1954)] son de las primeras decisiones en aplicar la doctrina *in loco parentis* en EEUU. En ambos casos, los ex cónyuges de las madres solicitaban el reembolso de las cantidades sufragadas para mantener a los hijos durante la convivencia; pretensiones que fueron rechazadas por considerar los tribunales que los ex cónyuges habían actuado *in loco parentis*.

⁶⁸⁰ Margaret M. MAHONEY, *Stepfamilies and the law*, Michigan, University of Michigan Press, 1994, 239 pp., p. 18.

⁶⁸¹ Se trata de una doctrina desarrollada durante el siglo XIX con grandes sesgos patriarcales, ya que era considerado moralmente ofensivo hacerse cargo del hijo de otro hombre: Alison DIDUCK, «Carignan v. Carignan: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective», *Manitoba Law Journal*, vol. 19/3, 1990, pp. 580-604, p. 601.

obligaciones de manutención⁶⁸². Un ejemplo de ello lo encontramos en los *Principles of the law of family dissolution* del ALI (2002), cuyo principio 3.03 aplica la doctrina del *equitable estoppel* para prever la posibilidad de que el adulto afín pueda ser responsable de la manutención del menor tras la ruptura de la relación en algunos supuestos excepcionales⁶⁸³. De acuerdo con este principio, la mera convivencia o matrimonio del progenitor con un tercero no genera una obligación de mantenimiento post ruptura (§3.03.3). Excepcionalmente, la autoridad judicial podría obligar a seguir manteniendo al hijo de la pareja de manera subsidiaria a los progenitores legales (§3.03.2.c) cuando hubiera habido un acuerdo explícito o implícito de asumir el mantenimiento de este (§3.03.1.a). Para determinar si existe o no esa obligación post ruptura, se debe tener en cuenta si el adulto y menor afín actuaron como progenitor e hijo, la duración de esta relación (§3.03.2.a) y si la asunción del rol parental del adulto afín impidió que el hijo desarrollara una relación con el progenitor no residente o que solicitara alimentos de este (§3.03.2.b).

La regulación de la obligación de alimentar del adulto afín en derecho argentino es similar a la doctrina estadounidense del *equitable estoppel*. El art. 676 CCCN establece que la obligación de alimentos entre «progenitor» e hijo afín se da mientras dura la convivencia. Sin embargo, excepcionalmente, la obligación puede continuar más allá del cese de la convivencia si de lo contrario se produjera un grave daño para el menor causado por la asunción anterior de su sustento por el adulto afín⁶⁸⁴. En estos casos, debe fijarse judicialmente una cuota asistencial, inferior a la que deben los progenitores legales a los hijos menores de edad, y transitoria en el tiempo. La determinación judicial de la cuantía y la duración debe hacerse teniendo en cuenta una serie de factores

⁶⁸² Jeffrey A. PARNES y Matthew TIMKO, «De facto parent and nonparent child support orders», *American University Law Review*, vol. 67, 2018, pp. 769-839, pp. 804-805, 837.

⁶⁸³ De acuerdo con la doctrina del *equitable estoppel*, excepcionalmente puede persistir un deber de mantenimiento en los casos en los que pueda demostrarse que la extinción unilateral de dicho estatuto genera un perjuicio importante al menor a causa de la conducta del adulto afín durante la relación. *Johnson v. Johnson*, 286 N.W.2d 886 (Mich. Ct. App. 1979) es probablemente el caso que sentó la interpretación restrictiva actual; *vid.* Margaret M. MAHONEY, *Stepfamilies and the law*, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸⁴ María Victoria PELLEGRINI, «Artículo 676...», *op. cit.*, p. 512.

(principalmente, el tiempo que duró la convivencia y las funciones asumidas durante ésta)⁶⁸⁵.

Por otro lado, en derecho federal canadiense, la decisión del Tribunal Supremo *Chartier v. Chartier*⁶⁸⁶ supuso una actualización y ampliación de las doctrinas *in loco parentis* y *equitable estoppel* para prever una posible responsabilidad del adulto afín de mantenimiento del menor tras la ruptura de la relación con su progenitor. Realizando una interpretación extensiva y de acuerdo con la realidad social del momento de la doctrina de *in loco parentis*⁶⁸⁷, el tribunal impuso al adulto afín una *child support order*⁶⁸⁸ a favor de la hija no común por considerarla una *child of the*

⁶⁸⁵ Aida KEMELMAJER y Marisa HERRERA, «Legal relationship between adults and children in Argentina», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 37-74, p. 63.

⁶⁸⁶ Decisión citada en la n. 2788 *supra*. Posteriormente, en *Monkman v. Beaulieu*, 2003 MBCA 17, 223 DLR (4th) 509, el tribunal de apelación de Manitoba sostuvo que la doctrina establecida en *Chartier* era aplicable también a las parejas convivientes no casadas. Con anterioridad, los diferentes tribunales y juzgados provinciales habían mantenido posiciones contradictorias, siendo el exponente más famoso de la posición contraria a *Chartier*, *Carignan v. Carignan* (1989), 61 Man. R. (2d) 66 (C.A.). En este caso, el tribunal de apelación de Manitoba sostuvo la aplicación de la doctrina *in loco parentis*, según la cual la asunción del rol parental y de la manutención económica es voluntaria por lo que puede ser extinguida unilateralmente en cualquier momento. Otras provincias como British Columbia, Saskatchewan o Alberta, así como parte de la doctrina académica, rechazaban la aplicación de dicha doctrina (para. 12, *Chartier*). El caso paradigmático de esta posición alternativa había sido *Therault v. Therault* [(1994), 149 A.R. 210, 113 D.L.R. (4th) 57 (C.A.)], en el que se impuso un deber de mantenimiento al adulto afín a pesar de que la madre no había reclamado alimentos de manera efectiva al padre legal de sus hijos.

⁶⁸⁷ Alison HARVISON YOUNG, «The Child Does Have 2 (Or More) Fathers...», *op. cit.*, p. 120. Alison DIDUCK, respecto a la elección de palabras de la *Divorce Act* («stands in the place of a Parent» en lugar de la locución latina) considera que esta podría ser interpretada como un rechazo deliberado de la doctrina *in loco parentis* por parte del Parlamento canadiense; *vid.* Alison DIDUCK, *op. cit.*, pp. 601-602. Basándose en esta consideración de la autora, el Tribunal, en *Chartier*, opta por realizar una interpretación de la *Divorce Act* de acuerdo con la realidad social, que tenga en cuenta el interés superior del menor (para. 19-21, 32). *Vid.*, también, Nicholas BALA, «Who is a Parent? Standing in the Place of a Parent and Section 5 of the Child Support Guidelines», en J THE LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, (ed.), *Special Lectures 2006: Family Law*, Irwin Law, 2007, pp. 71-118, p. 76; Carol ROGERSON, *op. cit.*, pp. 52, 64-65.

⁶⁸⁸ Sec. 15 (1) *Divorce Act*: «A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage».

*marriage*⁶⁸⁹. Vale la pena señalar que ocupar el lugar de un progenitor de acuerdo con el derecho canadiense no sólo comporta obligaciones para el adulto afín, sino que este también adquiere una serie de derechos, como la posibilidad de solicitar la guarda o un régimen de relaciones personales ex sec. 16(1) *Divorce Act*⁶⁹⁰.

En el derecho de Inglaterra y Gales, aunque rige un esquema basado en una obligación de mantenimiento exclusiva de los progenitores legales⁶⁹¹, se prevén instrumentos judiciales que, con un fundamento similar al visto en el caso canadiense, permiten imponer también una obligación de mantenimiento a aquellos adultos afines que hayan asumido un compromiso parental para con los menores⁶⁹². La CSA 1991, instrumento regulatorio principal respecto al mantenimiento privado de menores, tan sólo vincula a los progenitores legales. Sin embargo, otras disposiciones permiten que un adulto afín que haya considerado al hijo de su pareja un *child of the family* pueda devenir responsable de su manutención tras la ruptura de la relación entre adultos⁶⁹³.

R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.). Ley disponible en inglés y francés aquí: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/d-3.4/> (f.c.: 11.02.2023).

⁶⁸⁹ Sec. 2 (2) *Divorce Act*: «For the purposes of the definition child of the marriage in subsection (1), a child of two spouses or former spouses includes

(a) any child for whom they both stand in the place of parents; and

(b) any child of whom one is the parent and for whom the other stands in the place of a parent».

Ante una constatable dificultad de determinar si el adulto afín *stands in the place of a parent*, algunas provincias canadienses han optado por legislar la cuestión de una manera ligeramente diferente, objetivando este concepto. Por ejemplo, las sec. 146 y 147 de la *Family Law Act* de Columbia Británica [Family Law Act, SBC 2011, c 25. Disponible (en inglés) en: <https://canlii.ca/t/54wtcd>, (f.c.: 26.03.2021)] define al adulto afín (*stepparent*) responsable de manutención post-ruptura como el cónyuge del progenitor que ha vivido con este y su hijo durante la vida del menor y ha contribuido a su mantenimiento durante al menos un año, siempre que la reclamación se haga en el plazo de un año desde que se interrumpió dicho mantenimiento.

⁶⁹⁰ *Chartier*, párr. 39

⁶⁹¹ *Id.* subapartado 3.2.1. más arriba.

⁶⁹² Andrew BAINHAM, *Children: the modern law*, *op. cit.*, p. 406. Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁹³ Jonathan HERRING, *Family law*, *op. cit.*, p. 383; Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 176. *Id.* subapartado 2.3. del capítulo II para un análisis del concepto de *child of the family*. El párrafo 1(2) de la *Schedule 1* a la CA 1989 prevé la posibilidad de requerir a uno o ambos *parents* de un menor su manutención y el párrafo 16(2) define el término «*parents*» como cualquier miembro de un matrimonio o *civil partnership*

De acuerdo con todas estas regulaciones, no por el simple hecho de contraer matrimonio o formar una pareja con el progenitor de un menor se contrae una obligación de mantenimiento post ruptura. Sin embargo, esta sí que se genera cuando el adulto afín asume una parentalidad funcionalmente similar a la de un progenitor⁶⁹⁴. Esta asunción no le permitirá posteriormente extinguir unilateralmente la relación «económica» que había establecido con el menor. De manera similar, podría resultar conveniente prever una cláusula residual que habilitara a la autoridad judicial para establecer una obligación de manutención tras la extinción de la convivencia si se verificara una parentalidad funcional (considerando el aspecto económico), siempre y cuando el interés superior del menor en concreto lo justificara. En este escenario, no sería imprescindible ostentar u haber ostentado responsabilidades parentales. es decir, podría apreciarse esta obligación respecto de un mero cuidador funcional que *de facto* hubiera asumido un rol plenamente parental. ahora bien, la asunción voluntaria de responsabilidades parentales, junto con otras circunstancias, podría ser considerada un indicador positivo de dicha parentalidad funcional. En relación con el ordenamiento francés, LESTIENNE-SAUVÉ se muestra favorable a esta opción y propone que, de manera similar a cómo los tribunales franceses aprecian la concurrencia de la posesión de estado para, en su caso, establecer una relación de filiación, se podría apreciar la conveniencia de fijar una

(subsistente o no) en relación con el cual el menor es un *child of the family*. Otras disposiciones contienen definiciones equivalentes del concepto *child of the family* y permiten imponer una obligación de manutención al adulto afín en situaciones familiares y procedimientos diferentes. La MCA 1973, la DPMCA 1978 y la CPA 2004 regulan el mantenimiento de los menores en los procedimientos matrimoniales o relativos a una *civil partnership*. En cambio, la CA 1989 contempla todas aquellas cuestiones relativas al mantenimiento de un menor no comprendidas en una de estas situaciones [*vid.* Andrew BAINHAM, *Children: the modern law, op. cit.*, p. 402; Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 405]. Prioritariamente a estos sistemas que operan judicialmente mediante la imposición de *financial orders*, la CSA 1991 establece un procedimiento administrativo gestionado por una agencia, el *Child Maintenance Service* (<https://www.gov.uk/child-maintenance-service>; f.c.: 05.04.2022), que tiene por objetivo imponer obligaciones de mantenimiento económico (*child support orders*) a progenitores no residentes; Andrew BAINHAM, *Children: the modern law, op. cit.*, p. 369. Para un esquema visual del sistema de manutención económica de los hijos menores de edad en Inglaterra y Gales, *vid.* Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 376.

⁶⁹⁴ Andrew BAINHAM, *Children: the modern law, op. cit.*, p. 397.

obligación de manutención no recíproca y subsidiaria a la de los progenitores⁶⁹⁵.

Ahora bien, son varias las cautelas a considerar en relación con la obligación económica post-ruptura del adulto afín. Por un lado, se suele aludir a la mayor dificultad que implicaría a las personas con hijos entablar nuevas relaciones sentimentales⁶⁹⁶. Por otro lado, una extensión de la obligación de mantenimiento más allá de una ruptura entre adultos ligada a una asunción pasada del mantenimiento podría producir incentivos para el adulto afín para no comprometerse con el mantenimiento del menor durante la convivencia⁶⁹⁷. De aquí la importancia de la excepcionalidad y la temporalidad de esta posible obligación y la conveniencia de, por ejemplo, exigir la acreditación de un daño efectivo al menor derivado de la ruptura⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 318 y ss. Si bien, para la autora, sería necesario requerir una convivencia previa de un mínimo de 5 años.

⁶⁹⁶ Una dificultad que, aún a día de hoy, tendría un impacto dispar en función del género. En este sentido, *vid.* los datos sobre la prevalencia de la custodia individual de madre en el subapartado 2.1. del capítulo I *supra*.

⁶⁹⁷ Alison HARVISON YOUNG, «The Child Does Have 2 (Or More) Fathers...», *op. cit.*, p. 117. La autora alude a un argumento esgrimido por la corte de apelación de Manitoba (Canadá) en su sentencia del caso *Carignan v. Carignan* (1989) en el que se decidió no extender la obligación de mantenimiento del adulto afín más allá de la ruptura con la madre del menor (*vid.* n. 6866, *supra*).

⁶⁹⁸ Ahora bien, la existencia de esta posible obligación post-ruptura podría propiciar una oportunidad para que los adultos en una familia reconstituida pudieran evaluar más adecuadamente la predisposición y compromiso en el momento de decidir si entablar o no una relación de convivencia que implique también al hijo o hija menor. Es decir, a clarificar las posiciones y términos de la relación deseados por cada miembro y que estas fueran discutidas más claramente al inicio de la relación. Este es un argumento que utiliza el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Chartier v. Chartier*, pár. 41, citando el caso *Siddall*: «*It is important to examine the motive behind a person's generosity towards the children of the person they wish to be involved with or are involved with in a relationship. In many cases children are used as pawns by men and, on occasion, women who desire the attention of the children's parent and once the relationship between the adults fail, the children are abandoned. This is not to be encouraged. If requiring men to continue their relationship, financially and emotionally with the children is a discouragement of generosity then, perhaps such generosity should be discouraged. This type of generosity which leaves children feeling rejected and shattered once a relationship between the adults sours is not beneficial to society in general and the children, in particular. After all, it is the court's obligation to look out for the best interests of the children. In too many of these situations the ultimate result is that the child is a mere object used to accommodate a person's selfish and personal interests as long as the relationship is satisfying and*

3.2.4. Cuantificación de la obligación

En cualquier caso, cualquiera que fuese el fundamento y la excepcionalidad de la obligación, deben determinarse sus criterios de cuantificación y su compatibilidad con las obligaciones de los progenitores legales.

Por un lado, podría establecerse como una obligación idéntica a la de los progenitores (al menos, a la que estos ostentan durante la minoría de edad del hijo o hija). En este caso, tal y como sucede cuando un menor tiene dos progenitores determinados, se tendrían en cuenta de igual manera las capacidades económicas de todos los adultos en el momento de cuantificar sus alimentos⁶⁹⁹. Ahora bien, la opción de equiparar económicamente a un progenitor podría ser considerada excesivamente onerosa para el adulto afín que no ha optado, mediante la adopción, por ser considerado como tal.

gratifying. *As soon as things sour and become less comfortable, the person can leave, abandoning both the parent and child, without any legal repercussions... It is important to encourage the type of relationship that includes commitment, not superficial generosity. If relationships are more difficult for a person to extricate him- or herself from then, perhaps, more children will be spared the trauma of rejection, bruised self image and loss of financial support to which they have become accustomed.*» (énfasis añadido).

⁶⁹⁹ En el derecho federal canadiense, de la decisión de *Chartier*, parece desprenderse la idea de que, cuando el adulto afín trata al menor como un *child of the marriage*, el adulto es considerado un progenitor legal al efecto de configurar y cuantificar su obligación de manutención: «*Once it is shown that the child is to be considered, in fact, a "child of the marriage", the obligations of the step-parent towards him or her are the same as those relative to a child born of the marriage with regard to the application of the Divorce Acts: Chartier*, pár. 39; Carol ROGERSON, *op. cit.*, p. 119. Al menos esta es la interpretación que la provincia de Quebec hace de la obligación de mantenimiento por parte de aquellos que ocupan el lugar de un progenitor: una vez el adulto afín es reconocido como progenitor de hecho, se encuentra en la misma posición que un padre legal en lo que hace a obligación de manutención. De acuerdo con el art. 587.2 del Código civil quebequés [CCQ-1991; accesible aquí: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991?langCont=en> (f.c.: 26.03.2021)], tanto los ingresos de los progenitores como los del adulto afín deberían ser considerados para calcular los recursos disponibles para el menor y la obligación debe ser distribuida sin diferencias basadas en la existencia o no de parentesco: Michaël LESSARD, «Le calcul des aliments du parent de fait: de l'approche synchronique à l'approche étapiste», *Les Cahiers de Droit*, vol. 60/1, 2019, pp. 251-281, p. 269.

Siguiendo la idea que inspira este régimen concreto de la posición de adulto afín como un término medio entre ser un progenitor y un simple asistente puntual, su obligación de manutención no debería equipararse a la de un progenitor legal, sino proponerse como una obligación *sui generis*. En este sentido, en el derecho federal canadiense, si bien se utilizan los criterios objetivos de las *Federal Child Support Guidelines*⁷⁰⁰ para determinar la cuantía de las obligaciones de mantenimiento de los progenitores para con los hijos, su sección 5 permite el uso de la discrecionalidad judicial para determinar la cuantía debida por parte del adulto afín⁷⁰¹. Se entiende, además, que para establecer la cuantía debida por el adulto afín deben tenerse en cuenta las pensiones debidas por los progenitores legales⁷⁰².

En el derecho de Inglaterra y Gales, la cuantía debida por los progenitores legales también debe ser determinada de acuerdo con la CSA 1991⁷⁰³ con anterioridad al recurso de los instrumentos previstos en la CA 1989, la MCA 1973, la CPA 2004 o la DPMCA 1978. Estos sistemas de determinación judicial admiten mucha más discrecionalidad

⁷⁰⁰ SOR/97-175. Publicadas por el Ministerio de Justicia en la siguiente dirección: <http://laws-lois.justice.gc.ca> (f.c.: 26.03.2021). Éstas son aplicables en conflictos de ámbito federales, es decir, cuando las partes residen en provincias diferentes, pero la mayor parte de provincias han adoptado disposiciones muy similares para sus conflictos de ámbito provincial.

⁷⁰¹ «*Spouse in place of a parent. Where the spouse against whom a child support order is sought stands in the place of a parent for a child, the amount of a child support order is, in respect of that spouse, such amount as the court considers appropriate, having regard to these Guidelines and any other parent's legal duty to support the child*» (énfasis añadido).

⁷⁰² *Vid.* Carol ROGERSON, *op. cit.*, p. 115. Michaël LESSARD, *op. cit.*, p. 261. Doctrina que este último autor considera «etapista», en contraposición a la «sincrónica» de Quebec. Primero, deben tenerse en cuenta las aportaciones de los progenitores para calcular la del adulto afín, mientras que en Quebec, todas las aportaciones son calculadas a la vez, en función de las distintas capacidades económicas. *Vid. H.(U.V.) v. H.(M.W.)*, 2008 BCCA 177 para el caso de Columbia Británica. En el mismo sentido, en la decisión *M.S. v. C.S.*, 2009 NBCA 66, el Tribunal de Apelación de Nueva Brunswick determinó que el tribunal de primera instancia cometió un error al no considerar, en la determinación de la cuantía de la *child support order* del adulto afín, la pensión de alimentos del padre legal.

⁷⁰³ Sistema basado en una fórmula que utiliza, principalmente, el recurso a una proporción de los ingresos del progenitor y el número de hijos a mantener para fijar la cuantía de la prestación a favor del menor: Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 380.

judicial, si bien la cuantía debida por el adulto afín debe fijarse atendiendo al bienestar del menor; sus necesidades; la capacidad económica del adulto afín; la cuantía, la manera y el fundamento que motivó la anterior asunción de mantenimiento del menor; y la existencia o no de otros responsables de mantener al menor⁷⁰⁴. De esta manera, la responsabilidad de manutención del adulto afín complementaría, de acuerdo con las necesidades del menor y/o sus propios ingresos, la cantidad fijada de acuerdo con la CSA 1991 para el progenitor no residente, cuya razón de ser sería la de evitar un cambio de estilo de vida demasiado brusco para el menor a raíz de la crisis de la familia reconstituida⁷⁰⁵.

3.3. Posible contenido sucesorio

Recientemente, se han realizado algunas propuestas teóricas con el objetivo de poder prever en nuestro ordenamiento jurídico algunos efectos sucesorios a la relación afín⁷⁰⁶.

En relación con la sucesión intestada, siguiendo el modelo del *Uniform Probate Code* estadounidense, VAQUER ALOY e IBARZ LÓPEZ argumentan la conveniencia de incluir al hijo o hija de la pareja y al adulto afín como llamados recíprocamente a la sucesión del otro, al menos antes que la herencia se defiera al Estado⁷⁰⁷. Precisan, además, que cuando la convivencia fuera «cualificada», dando lugar a una relación similar a la derivada de la filiación por naturaleza, adulto afín e hijo o hija de su pareja deberían situarse en sus respectivas sucesiones con preferencia a los parientes colaterales⁷⁰⁸. Este resultado es también defendido por BARBA en los casos de «progenitores afines de facto»,

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 409.

⁷⁰⁵ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 280.

⁷⁰⁶ Principalmente, Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*; y Vincenzo BARBA, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, IX, 2022, pp. 157-206.

⁷⁰⁷ Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 227. La sec. 2-103(j) del *Uniform Probate Code* 2019 prevé que, en caso de sucesión intestada y en defecto de otros supervivientes llamados a suceder, los hijos o hijas de cualquier cónyuge premuerto sean nombrados herederos.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 228.

una categoría de adulto afín que el autor propone similar a la que se prevé en el capítulo anterior⁷⁰⁹. En el caso de los adultos afines «reconocidos judicialmente», el mismo autor propone que estos y los hijos menores de sus parejas sean tratados como si se diera entre ellos una relación de filiación. Es decir, que fueran llamados como ascendientes y descendientes respectivamente en las correspondientes sucesiones intestadas.

En relación con la posibilidad de que la relación afín diera lugar a un derecho de legítima recíproco, BARBA también la defiende para los casos en los que la relación afín ha sido reconocida judicialmente⁷¹⁰. VAQUER ALOY e IBARZ LÓPEZ, aunque prefieren no equiparar al adulto afín a un progenitor, sí que consideran la posibilidad de que se pudieran reconocer excepcionalmente las respectivas posiciones de legitimarios en supuestos de plena integración familiar⁷¹¹. Para esto, debería poder acreditarse: (a) la existencia de convivencia entre adulto afín e hijo o hija de la pareja durante la minoría de edad de este último, (b) la asunción (formal o informal) de responsabilidades parentales por parte del adulto afín y (c) la prolongación de la convivencia durante al menos dos años tras la mayoría de edad. Precisamente, de acuerdo con el concepto de *Child of the family* del derecho inglés-galés, en este se prevé que el hijo o hija de la pareja pueda ser considerado como un hijo propio a efectos de obtener una *financial provision*⁷¹².

Sin duda los requisitos descritos por estos autores para considerar una relación afín con derecho recíproco a legítima son comparables al tipo de relación afín descrita en el presente capítulo. Sin embargo, puede señalarse una diferencia principal: la asunción de responsabilidades

⁷⁰⁹ Se trataría de un estatuto que se deriva automáticamente de la convivencia: Vincenzo BARBA, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones...», *op. cit.*, p. 198.

⁷¹⁰ Se trataría de un reconocimiento que debería solicitarse conjuntamente por el adulto afín y su pareja y que requeriría, además de aprobación judicial en base al interés superior del menor, el consentimiento del progenitor no residente en caso de existir. El autor no se refiere a posibles requisitos del adulto afín para poder solicitar este reconocimiento: *Ibid.*, p. 199.

⁷¹¹ Antoni VAQUER ALOY y Noelia IBARZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 229-230.

⁷¹² Sec. 1(1)(d) *Inheritance Act* 1975. Las *family provisions* son atribuciones sucesorias funcionalmente equivalentes a las legítimas: *Ibid.*, p. 220.

parentales sería en todo caso formal, algo que sin duda resolvería posibles dificultades probatorias. En este sentido, resultaría de aplicación más sencilla que el caso del análisis casuístico que proponen VAQUER ALOY e IBARZ LÓPEZ. Ahora bien, plantearse la conveniencia de que la asunción de responsabilidades parentales por parte del adulto afín durante la minoría de edad del hijo o hija de su pareja comporte el establecimiento de un derecho recíproco a legítima es una cuestión complicada que merece de un tratamiento en más profundidad de la que puede ofrecerse en este trabajo. El posible reconocimiento de nuevos legitimarios debería abordarse en un contexto global del debate existente respecto la conveniencia del mantenimiento o supresión del concepto de legítima en nuestro ordenamiento o, de una manera más genérica, sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en la ordenación de la propia sucesión.

En cualquier caso, la diversidad que presentan las familias reconstituidas y, en particular, la relación afín que hace que la autocomposición devenga especialmente importante para su regulación durante la vida familiar también pone de manifiesto la conveniencia de que esta diversidad pueda tener algún reflejo en la sucesión por causa de muerte. En este sentido, una solución provisional podría ser la de equiparar, a efectos de fiscalidad, las atribuciones sucesorias realizadas a favor del hijo o hija de la pareja sobre el que se tiene atribuido el ejercicio de responsabilidades parentales a las realizadas en favor de los hijos e hijas propios. La LISD tan solo prevé una reducción de 7.993,46 euros para las adquisiciones *mortis causa* por parte de los «descendientes por afinidad», frente a la máxima reducción de 47.858,59 euros prevista para los hijos menores de edad (art. 20). La Ley catalana 19/2010, de 7 de junio, en cambio, sí que prevé la equiparación de «las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja» y «las relaciones entre ascendientes e hijos».

La asunción formal de responsabilidades parentales que propongo en ese capítulo podría servir como criterio para identificar mejor qué relaciones afines equiparar a las de filiación en materia de este y, si resultara conveniente, otros impuestos. Por el contrario, aquellos

respecto de los cuales únicamente se ostentara el estatuto de cuidador afín podrían ser simplemente considerados «descendientes por afinidad» como en la actualidad.

4. Número de responsables y ejercicio de la responsabilidad parental

El ejercicio de responsabilidades parentales debe estar regido por el principio del interés superior del menor. Sin embargo, en tanto que su determinación en cada situación corresponde a sus responsables parentales, puede ocurrir que no exista consenso respecto a dicha determinación. La adición de responsables parentales diferentes a los progenitores legales sin necesidad de desplazarlos de la titularidad y/o el ejercicio puede comportar que estas sean ejercidas por más de dos personas simultáneamente, dando lugar a una situación de multiparentalidad. Consecuentemente, el número de criterios posibles también aumenta y, así, la probabilidad de disenso.

4.1. Multiparentalidad y conflictos

Ciertamente, la ampliación del número de responsables sobre un menor puede aumentar la discordancia de criterios y el conflicto entre ellos, especialmente en situaciones de crisis familiar⁷¹³. Así, esta es una de las principales cuestiones a tener en cuenta si se pretende regular la posibilidad de una multiparentalidad en el ejercicio de las responsabilidades parentales. Ahora bien, el potencial aumento de los conflictos en relación con la toma de decisiones respecto a un menor no puede ser un argumento que por sí solo justifique el rechazo de esta opción legislativa⁷¹⁴.

⁷¹³ Esther FARNÓS AMORÓS, «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad...», *op. cit.*, p. 111; Susan Frelich APPLETON, «Parents by the numbers», *Hofstra Law Review*, vol. 37/1, 2008, pp. 11-69, p. 41. Por el contrario, SCHERPE apunta que la amenaza de más conflicto derivada del aumento de responsables parentales no se ha materializado en Inglaterra y Gales: Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, *op. cit.*, n. 112.

⁷¹⁴ Por ejemplo, el progresivo reconocimiento del derecho del menor a participar en la toma de decisiones que le afecten también puede aumentar la conflictividad si el

Además, diversas razones permiten relativizar el temido aumento de la conflictividad. Por un lado, en muchas ocasiones (especialmente durante la vida en común), será habitual que adulto afín y progenitor compartan una opción o criterio conjunto ante una decisión relativa al menor. En estos casos, únicamente existirían dos posiciones contrapuestas y, por ende, se trataría de una situación idéntica a la de desacuerdo que puede darse entre dos progenitores que viven separados. Por otro lado, muchos conflictos respecto a la educación y crianza de un menor pueden ser binarios (debe o no el menor viajar al extranjero, vacunarse, hacerse un piercing, inscribirse en determinada actividad extraescolar, etc.). En estos supuestos, la introducción de un tercer responsable parental tampoco aumentará, per se, el número de opciones posibles⁷¹⁵, incluso si adulto afín ya no forma una pareja con el progenitor o no comparten criterio por cualquier motivo. En tercer lugar, el número de personas tomando una decisión no es el único factor que influye en el nivel de desacuerdo o conflicto, sino que otras cuestiones también influyen en el nivel de conflictividad (como, por ejemplo, los intereses de cada una o su compromiso con la crianza, entre otras)⁷¹⁶. Ahora bien, tal y como ya puede apreciarse en relación con algunos casos de progenitores separados, el conflicto reiterado puede provocar inoperancia en la toma de decisiones que afecten a la vida del menor⁷¹⁷.

criterio de este y de su responsable parental difieren, lo que puede implicar, incluso que el menor solicite la intervención de un Defensor Judicial o el Ministerio Fiscal para evitar que prevalezca el criterio de dicho responsable sobre el suyo. Haciendo un paralelismo con el adulto afín que de facto se está involucrando parentalmente en la vida del menor, provocar la ficción de eliminar el conflicto a base de reducir el número de personas implicadas en la toma de decisiones no guarda ninguna relación con que la decisión que se tome redunde en el bienestar del menor.

⁷¹⁵ Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, op. cit., p. 110.

⁷¹⁶ Hay incluso quien apunta a los posibles beneficios del incremento de responsables de tomar una decisión: más oportunidad para la deliberación y, por tanto, más probabilidades de llegar a una solución adecuada o, al menos, más razonada; Daniela CUTAS, «On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?», *Journal of Medical Ethics*, vol. 37/12, 2011, pp. 735-738, p. 737.

⁷¹⁷ Los costes de los conflictos en el ejercicio de las responsabilidades parentales no afectan únicamente a las partes responsables de tomar una decisión (los adultos), sino que estos se ven repercutidos en el menor, Josep FERRER RIBA, «Article 138. Desacords», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de*

En este sentido, en primer lugar, podría resultar conveniente fijar legalmente un número máximo de responsables sobre un mismo menor. Esta limitación puede ser una manera de reflejar el hecho de que es más bien limitado el número de relaciones que un menor puede desarrollar que sean lo suficientemente cercanas y profundas y que merezcan la atribución de estos efectos jurídicos. Si bien ni el CCF⁷¹⁸, ni la CA 1989 contienen una especificación del número máximo de delegatarios o de personas que pueden ejercer responsabilidades parentales sobre un menor, algunos de los instrumentos que reconocen o proponen una posible filiación múltiple sí fijan un número máximo de cuatro progenitores ejercientes de responsabilidades parentales⁷¹⁹. Este número concreto, cuatro, puede ser consecuencia de una voluntad, consciente o no, de replicar la familia nuclear en dos hogares distintos. En todo caso, conlleva dejar sin reconocimiento a aquellas familias, seguramente escasas, en las que más de cuatro adultos están efectivamente cuidando de un menor. A la vez, sin embargo, también puede ser un número que suponga una apertura prudente del número de personas que pueden ejercer responsabilidades parentales sobre un menor. De un lado, permitiría que la crianza por parte de la pareja de cada uno de los dos progenitores. Del otro, evitaría que demasiados responsables parentales con criterios dispares dieran lugar a una situación de crianza y cuidado del menor inoperante.

4.2. Tipos de actuaciones en el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales

En otro orden de cosas, además del posible número de personas involucradas, es fundamental el modo de ejercicio de las responsabilidades parentales que se determine⁷²⁰.

Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 659-665, p. 659.

⁷¹⁸ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹⁹ *Vid.* subapartado 4.1. del capítulo II *supra*.

⁷²⁰ Kirsten SCHEIWE ha realizado una clasificación de derecho comparado europeo en la que ha identificado ordenamientos que adoptan un modelo de «autonomía con objeción», otros que apuestan por el «consenso estricto», y, por último, aquellos que requieren un «consenso débil»: Kirsten SCHEIWE, «Parental Conflicts over the exercise

En la actualidad, en nuestro ordenamiento, la regla general es la del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales (arts. 156.I CC y 236-8 CCCat). El CC únicamente prevé explícitamente el ejercicio individual automático cuando los progenitores nunca han convivido (arts. 156.V); no así el CCCat que mantiene el ejercicio conjunto por defecto también en estos supuestos (art. 236-11.1 CCCat)⁷²¹. Por supuesto, de acuerdo con ambos códigos, la autoridad judicial también puede atribuir el ejercicio exclusivamente a uno de los progenitores de manera permanente si el otro se encuentra ausente o impedido para hacerlo, así como si se considera esta opción la más beneficiosa y en interés del menor (arts. 156.IV y 90 CC, y 236-10 CCCat). O, de manera temporal si entre ambos progenitores se producen desacuerdos reiterados que dificulten el ejercicio conjunto (arts. 156.III y 236-13.2 CCCat).

En el supuesto en el que me centro en este capítulo –el ejercicio de responsabilidades parentales por parte del adulto afín, no en sustitución de los progenitores, sino en adición de al menos uno de ellos– necesariamente se estaría ante un ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Ahora bien, que ambos progenitores ejerzan conjuntamente las responsabilidades parentales no implica que su actuación deba ser necesariamente conjunta. Este requisito sería demasiado oneroso, especialmente cuando los padres viven

of joint parental responsibility from a comparative perspective: From daily matters to relocation», en Harry WILLEKENS, Kirsten SCHEIWE, Theresa RICHARZ, Eva SCHUMANN, (eds.), *Motherhood and the Law*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2019, pp. 153-177, p. 154. Según la autora, la mayoría de ordenamientos se encuadran en los modelos de consenso, en los que, ante un desacuerdo, los responsables parentales requieren de intervención judicial para poder proceder. En los ordenamientos de autonomía (entre los que destaca Inglaterra y Gales), cada responsable puede actuar individualmente y es aquel en desacuerdo quien debe recabar el auxilio judicial para impedir la actuación concreta: *vid.*, también Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», *op. cit.*, p. 357.

⁷²¹ María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-11. Exercici de la potestat parental en cas de vida separada dels progenitors», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 837-843, p. 838.

separados⁷²². Así, en el caso de adición de un tercero o cuarto responsable parental, la actuación conjunta debería limitarse todo lo posible para no dificultar un ejercicio fluido de las responsabilidades parentales.

En la actualidad, un progenitor puede actuar individualmente en relación con actos normales o urgentes (art. 156.I CC y 236-8.2.c) CCCat). Para la mayoría del resto de cuestiones, deberá contar con el consentimiento del otro, si bien este puede ser tácito o presumirse por parte de terceros [*vid.* art. 156.I CC; en relación con los actos de administración ordinaria, el art. 236-8.2.a) CCCat; o en relación con el tipo de educación o variar el domicilio de manera que suponga una alteración sustancial de la vida del menor, el art. 236-11.6 CCCat⁷²³]. Únicamente relación con una serie de materias de especial trascendencia para la vida del menor, este deberá ser expreso y no podrá presumirse⁷²⁴.

El acuerdo de atribución de responsabilidades parentales ofrecería la oportunidad de que los propios miembros de la familia decidieran el modo de ejercicio de las responsabilidades parentales y el mecanismo de resolución de conflictos que resultara más deseable atendiendo a sus circunstancias particulares. Este podría detallarse y especificarse tanto como las partes consideraran, permitiendo, por ejemplo, el ejercicio solidario por parte de todos ellos. En este sentido, el derecho actual admite la posibilidad de delegación del ejercicio de responsabilidades parentales únicamente entre progenitores⁷²⁵. Uno de ellos puede delegar

⁷²² Josep FERRER RIBA, «Article 137. L'exercici de la potestat», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 646-658, pp. 649-650. En relación con el ordenamiento neerlandés, este modo de ejercicio ha sido calificado de utópico por MV ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, p. 276.

⁷²³ Estas son materias sobre las que se debe consultar incluso al progenitor no ejerciente: María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-11...», *op. cit.*, p. 842.

⁷²⁴ En derecho catalán, la ley prevé explícitamente que sea así en relación con actos de administración extraordinaria: 236-8.2.b) CCCat.

⁷²⁵ La admite la generalidad de la doctrina en relación con el CC: Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 75-76. Mientras que en derecho catalán es una posibilidad explícita, tanto en casos de vida conjunta como separada de los progenitores (arts. 236-9 y 236-11 CCCat).

en el otro el ejercicio o la potestad de decisión en todas o parte de las materias relativas a las responsabilidades parentales. Esta delegación o consentimiento a los actos realizados por el otro progenitor en el ejercicio de las responsabilidades parentales es revocable en cualquier momento. Es decir, si el progenitor delegatario fuera actuar de una determinada manera, el delegante podría evitar la actuación mostrando su desacuerdo y revocando su consentimiento. O, en caso de que esta ya se hubiera realizado, plantear judicialmente la extralimitación como causa para solicitar una modificación en la modalidad de ejercicio o en algunos aspectos concretos de este (por ejemplo, revocar el consentimiento únicamente en relación con la materia en la que el otro progenitor se ha extralimitado). Por otra parte, también se consideran admisibles las delegaciones recíprocas entre progenitores ejercientes dando lugar a una modalidad de ejercicio solidario respecto todas las funciones de las responsabilidades parentales⁷²⁶. Este modo de ejercicio o actuación sería seguramente el más adecuado en el caso de multiplicidad de responsables parentales. La posibilidad de actuación individual confiere más poder y facilita la labor de crianza del guardador en cada momento, por lo que el hecho de que existan más responsables no erosiona, *a priori*, su autonomía⁷²⁷. Ahora bien, resulta necesario que se dé entre los responsables un clima de cierta comunicación y confianza recíproca⁷²⁸.

Si bien puede resultar difícil imaginar que este clima de cooperación se dé en el contexto de las familias reconstituidas entre el progenitor no residente y el adulto afín, no debe descartarse esta posibilidad, máxime teniendo en cuenta que la regla general para la atribución de responsabilidades parentales sería la del acuerdo de todos los

⁷²⁶ María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-8...», *op. cit.*, p. 828. YZQUIERDO TOLSADA llega a calificar este modo de ejercicio como la «fórmula cotidiana» en derecho español, *op. cit.*, p. 74.

⁷²⁷ Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law...*, *op. cit.*, n. 112.

⁷²⁸ Josep FERRER RIBA, «Article 139. Vida separada del pare i de la mare», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 665-140, p. 669. El autor no descarta que este clima pueda darse también entre progenitores separados.

responsables y el menor. En todo caso, podrían excluirse determinadas materias, estableciéndose la necesidad de que respecto a estas la actuación fuera necesariamente conjunta, o incluso pactar otra forma de ejercicio. De hecho, este modo de ejercicio ha sido señalado como un elemento facilitador de la posibilidad de asunción de responsabilidades parentales por múltiples adultos en el ordenamiento de Inglaterra y Gales⁷²⁹, en el que las propias CAO deben especificar las condiciones de ejercicio de las responsabilidades parentales⁷³⁰. Según la doctrina, mediante esta modalidad de ejercicio se permite potenciar el estatus igualitario y la autonomía de cada uno de los ejercientes de la responsabilidad parental⁷³¹. Matizando esta regla, legalmente se prevén ciertas decisiones excepcionales que requieren la actuación conjunta⁷³². Además, estas excepciones han ido siendo ampliadas judicialmente⁷³³ para incluir, por ejemplo, cuestiones médicas, como la realización de

⁷²⁹ Vid. sec. 2(7) CA 1989 y Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law...*, *op. cit.*, p. 112. Al contrario, la preponderancia de la actuación conjunta en Europa puede que sea una de las razones de la escasa implantación del modelo de adición de responsables: MV ANTOKOLSKAIA, *op. cit.*, p. 284.

⁷³⁰ Vid. sec. 11(7) CA 1989 y Jonathan HERRING, *Family law*, *op. cit.*, pp. 526-527.

⁷³¹ Las dificultades de alcanzar el acuerdo o incluso de contactar con otros titulares previamente a actuar provocarían un retroceso en el bienestar del menor: Jens M. SCHERPE, «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», *op. cit.*, p. 357.

⁷³² Por ejemplo, el cambio de apellido del menor o su retirada de la jurisdicción del Reino Unido por más de un mes requieren el consentimiento de todos los titulares de la responsabilidad parental ex sec. 13 CA 1989. HERRING, *Family law*, *op. cit.*, p. 450. En todo caso, un titular de responsabilidad parental no puede actuar en contra de lo establecido por una orden judicial [sec. 2(8) CA 1989].

⁷³³ Especialmente a partir de la decisión *Re C (Minors) (Change of Surname)* [1997] 3 FCR 310 (Fam Div) *Ibid.*, pp. 450-451. Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 703. Jens M. SCHERPE, *The present and future of European family law...*, *op. cit.*, n. 381. Esto ha provocado que se cuestione el hecho de que la regla general siga siendo la actuación individual: Jens M. SCHERPE y Brian SLOAN, *op. cit.*, p. 172. Crítico con este extremo, John EEKELAAR, «Do Parents Have a Duty to Consult?», *Law Quarterly Review*, vol. 114, 1998, p. 337.

una circuncisión⁷³⁴ o la vacunación⁷³⁵; o educativas como, matricular al menor en un internado⁷³⁶.

En este sentido, resultaría conveniente formular el ejercicio solidario como modalidad legalmente prevista para el caso de múltiples responsables parentales, al menos al respecto de la mayoría de materias y sin perjuicio del ámbito puramente individual de los actos usuales o urgentes. En todo caso, el procedimiento de atribución de responsabilidades parentales, al igual que el de separación o divorcio, debería servir para que las partes acordaran la modalidad de ejercicio que consideraran más conveniente de acuerdo con sus circunstancias, siendo esta revisable en cualquier momento.

Ahora bien, tal y como ya sucede en relación con las delegaciones entre progenitores, la forma que esta adopte puede condicionar sus posibilidades de revocación. En general, se entiende que estas delegaciones pueden realizarse en escritura pública⁷³⁷ o en el marco de un convenio regulador o plan de parentalidad homologado judicialmente (arts. 90 CC y 233-9 CCCat). En el primer caso, la delegación es revocable unilateralmente en cualquier momento⁷³⁸ mientras que, en el segundo, la revocación requiere de un procedimiento judicial⁷³⁹. La forma de la propuesta de atribución de responsabilidades parentales al adulto afín que aquí realizo es precisamente la de un acuerdo homologado judicialmente. La homologación judicial, si bien confiere estabilidad a estos acuerdos⁷⁴⁰, también puede dificultar y hacer más costoso el control del ejercicio de las responsabilidades parentales

⁷³⁴ *Re J (Child's Religious Upbringing and Circumcision)* [2000] 1 FCR 307 (CA).

⁷³⁵ *Re B (Child Immunisation)* [2003] 3 FCR 156; caso en el que el tribunal ordenó a instancias del progenitor no residente que al menor se le administrara la vacuna triple vírica (MMR). Jonathan HERRING, *Family law*, *op. cit.*, p. 438.

⁷³⁶ *Re G (Parental Responsibility: Education)* [1995] 2 FCR 53 (CA), 56. Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 707.

⁷³⁷ Así lo prevé explícitamente el art. 236-9 CCCat.

⁷³⁸ Josep FERRER RIBA, «Article 139...», *op. cit.*, p. 679. El autor apunta que debe ser una declaración de voluntad recepticia notificada por conducto notarial, pero no necesariamente formalizada en escritura pública.

⁷³⁹ María Elena LAUROBA LACASA, «Article 236-11...», *op. cit.*, p. 839.

⁷⁴⁰ Josep FERRER RIBA, «Article 139...», *op. cit.*, pp. 667-668.

si se pacta un ámbito de actuación solidaria total o excesivamente amplio.

4.3. Desacuerdos y deber de actuar

En este sentido, puede ser útil que las partes prevean una manera rápida y eficaz de resolver los desacuerdos en torno a materias que requieran el acuerdo, expreso o tácito, de todas ellas. Una opción para su resolución consistiría en hacer prevalecer el criterio del o los progenitores sobre el del adulto afín. Esta es la propuesta del régimen descrito en el capítulo anterior en el que el adulto afín mantiene una relación con el menor que, si bien es estrecha, no lo es de manera suficiente para ser equiparada funcionalmente a la de un progenitor con responsabilidades parentales. También es la opción por la que opta el CCCN en los supuestos de delegación de responsabilidades parentales⁷⁴¹. Sin embargo, la asunción de la que se parte en este capítulo sobre las familias que optarían por este régimen es la de que el adulto afín sí que se ha comprometido en ejercer como un verdadero responsable parental. Por ello, resultaría más adecuado que su criterio en relación con la crianza se situara en una posición análoga a la de un progenitor (sin perjuicio de que este último siga ostentando un estatuto diferente como tal). Es decir, que todos los responsables parentales ostentaran una posición igualitaria en las materias concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental⁷⁴².

⁷⁴¹ El art. 675 CCCN establece que, en caso de conflicto, prima la opinión del progenitor. «En la situación excepcional referida por la norma, si bien se prevé el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, ese ejercicio no tendrá las mismas características del que existe entre los padres biológicos del niño; ello a pesar de que en estos casos a la labor del progenitor afín se la ha calificado como *sustitutiva* y no meramente complementaria. Obsérvese que, a pesar de que en tales supuestos el progenitor afín adquiere un papel mucho más protagónico y, por ende, su función ya no se limita a una mera cooperación o colaboración en la crianza y educación de los hijos del otro (art. 673), de todas maneras, el ejercicio de la responsabilidad parental no será en paridad con el progenitor»: Mauricio Luis MIZRAHI, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁴² En todo caso, el acuerdo de atribución de responsabilidades parentales podría contener una regla de resolución de conflictos de este tipo si así lo desearan las partes.

En derecho español, ante un desacuerdo de los progenitores ejercientes de las responsabilidades parentales, los arts. 156.II CC y 236-13 CCCat disponen que el que pretenda actuar en un sentido determinado deberá acudir a la autoridad judicial. Esta, tras oír a ambos y al menor y valorar la cuestión de acuerdo con el interés superior de este, deberá atribuir la facultad de decidir sobre ella a uno de los progenitores⁷⁴³. Es decir, es el progenitor actuante el responsable de obtener autorización judicial para poder proceder con una decisión relativa al menor. Esto puede aumentar el riesgo de postergar en exceso la decisión, pudiendo llegar a poner en riesgo el bienestar del menor⁷⁴⁴. Por este motivo, en derecho inglés-galés, por el contrario, la carga de actuar recae sobre el responsable parental que desea impedir la ejecución de la decisión concreta de otro a través de la solicitud de una *specific issue orders* o una *prohibited steps orders*⁷⁴⁵.

En todo caso, la onerosidad de la carga de actuación también dependerá de la regulación que se haga del deber de información entre responsables parentales. No me refiero al deber de información periódica o al respecto de hechos relevantes en la vida del menor como el contenido en el art. 236-12 CCCat, sino a un deber de «consulta» al

⁷⁴³ *Vid.* arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (de ahora en adelante, LJV). En derecho aragonés, la regulación de la resolución de conflictos entre responsables parentales introduce una particularidad respecto de la propuesta del CC al introducir el concepto de la Junta de Parientes. De acuerdo con el art. 74 CDFA, las divergencias entre los «padres» en el ejercicio de la autoridad familiar se resuelven acudiendo bien a la Junta de Parientes, bien a la autoridad judicial, para que decida lo más favorable al interés del hijo. El título IV del Libro Primero del CDFA regula esta institución y, en particular, su art. 172 dispone que «cuando la composición de la Junta no estuviere determinada, la formarán los dos más próximos parientes capaces, mayores de edad y no incurso en causa de inidoneidad, uno por cada línea o grupo familiar. En igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos. [...] La Junta llamada a intervenir en asuntos de dos personas se formará con un pariente de cada una de ellas».

⁷⁴⁴ En relación con este modelo en el derecho comparado, SCHEIWE apunta la frecuencia de la intervención judicial y la onerosidad para el cuidador principal: Kirsten SCHEIWE, «Parental Conflicts over the exercise of joint parental responsibility...», *op. cit.*, p. 160.

⁷⁴⁵ Sonia HARRIS-SHORT, Joanna MILES y Robert H. GEORGE, *op. cit.*, p. 809.

resto de responsables previa a una determinada actuación⁷⁴⁶. En este sentido, puede ser útil la regulación del art. 236-11.6 CCCat que se refiere al deber de información previa del progenitor ejerciente en exclusiva al titular pasivo de las responsabilidades parentales en materia que requieran del consentimiento de este último⁷⁴⁷: se entiende que el consentimiento se ha otorgado tácitamente si tras treinta días desde la notificación debidamente acreditada de la decisión, el progenitor no ejerciente no ha expresado su desacuerdo. En este sentido, podría establecerse un mecanismo similar, si bien, entre todos los ejercientes de responsabilidades parentales. El responsable actuante en cada momento debería notificar al resto su intención de proceder a ejecutar una decisión relativa a una materia de actuación conjunta para que estos pudieran mostrar su acuerdo o desacuerdo. El silencio transcurrido un plazo razonable a fijar entre las partes permitiría presumir el consentimiento tácito mientras que los efectos de la negativa de los responsables no actuantes podrían configurarse de dos maneras: (1) que impidiera al primero actuar; o (2) que resultara necesario recabar el auxilio judicial para impedir la actuación⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ También denominado «deber de supervisión» desde la perspectiva de los responsables parentales no actuantes: Josep FERRER RIBA, «Article 139...», *op. cit.*, p. 673 y 674.

⁷⁴⁷ Se trata del tipo de educación de los hijos, del cambio de domicilio del menor que lo aparte significativamente de su entorno habitual y de los actos de administración extraordinaria.

⁷⁴⁸ La primera de las opciones parecería más acorde a nuestro derecho positivo, al requerir de actuación judicial para poder actuar, mientras que la segunda es claramente similar a la del derecho inglés-galés. Sin embargo, la segunda también es la opción establecida en el CCCat, que exige que el progenitor no ejerciente exprese judicialmente su desacuerdo. Es crítico con esta opción, en relación con el CF que ya contenía dicha regla, Josep FERRER RIBA, «Article 139...», *op. cit.*, p. 676.

CAPÍTULO V

LA ADOPCIÓN ADITIVA POR PARTE DEL ADULTO AFÍN

1. De adulto afín a progenitor

Aun con las opciones de diversificación y difracción del estatuto parental presentadas hasta ahora, puede que algunas familias reconstituidas deseen que el adulto afín sea considerado formalmente y a todos los efectos un progenitor del hijo o hija de su pareja. Las consecuencias que se derivan de una relación de filiación, frente al mero ejercicio de responsabilidades parentales por parte del adulto afín, pueden ser deseadas por algunas familias en las que, efectivamente, este es considerado por el hijo o la hija como un progenitor⁷⁴⁹. No en vano, en la actualidad, en los ordenamientos jurídicos que no cuentan con instrumentos específicos para el reconocimiento de la relación afín, la adopción es frecuentemente presentada como el recurso para poder reconocer dicho vínculo⁷⁵⁰. En el presente capítulo, pues, me adentro

⁷⁴⁹ Refiriéndose al derecho de Inglaterra y Gales, BAINHAM señala: «*Thus, where a social parent succeeds in obtaining parental responsibility he or she will have the legal right to look after the child and to take all the everyday and important decisions about upbringing which a parent could take. But the social parent will not become the legal parent in the fullest sense and one obvious question for policy-makers is why the social parent might feel the need to press for full legal parenthood. Why isn't having parental responsibility enough in itself? Why is it, for example, that so many step-parents, following the liberalisation of divorce in 1969, sought to adopt their step-children rather than merely to acquire the equivalent of what is now parental responsibility through a joint custody (or, latterly, a residence) order with their spouses? [...] It seems entirely likely that many of those raising children have a psychological need to be regarded as, or called, parents and here we are perhaps back to the semantic debate alluded to earlier in this chapter. For many people, perhaps especially step-parents in a reconstituted family, it is not enough to be given the powers and duties of parents—they want to be parents*»: Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 36.

⁷⁵⁰ Gwendoline MOTTE, «Multiplication of potential social and emotional ties», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 797. La adopción del hijo o hija de la pareja es también una figura que sirve y ha servido históricamente a un tipo de familias que «formalmente» son familias reconstituidas, en las que uno de los adultos obtiene la consideración de progenitor legal del hijo o hija. Principalmente, las formadas por parejas del mismo género en aquellos ordenamientos o momentos históricos en los que estas no han contado con ningún otro instrumento para determinar una segunda filiación. El desarrollo de este tipo de adopción por estos

en el análisis de esta posibilidad: el reconocimiento pleno de la parentalidad social del adulto afín.

Tal y como justifico en el siguiente subapartado, considero que la adopción es el mecanismo más adecuado para constituir esta relación de filiación entre un adulto afín y un menor ya nacido. La adopción del hijo o la hija de la pareja es una opción posible en el ordenamiento jurídico español [arts. 176.2 CC, 235-32.1.a) CCCat y Ley 59.2 FNN]. Ahora bien, su regulación se encuadra como una mera excepción en la regulación general de la adopción prevista para menores en situación de riesgo o desamparo. De esta manera, muchas de las particularidades que distinguen este tipo de adopción del previsto genéricamente no son suficientemente previstas y/o desarrolladas legalmente⁷⁵¹.

En este capítulo, me centro especialmente en la extinción forzosa de los vínculos familiares que comporta la adopción (arts. 178.1 CC, 235-47.2 CCCat y Ley 61 FNN). Una de las principales características excepcionales que presenta la adopción del hijo o hija de la pareja frente a la general es la de no extinguir el vínculo familiar que el menor mantiene con el progenitor residente⁷⁵². Sin embargo, en relación con un posible progenitor no residente, el vínculo de filiación que une a este y el menor sí que es necesariamente extinguido. De esta manera, la adopción del hijo o hija de la pareja, tal y como está prevista actualmente, mantiene incólume el número máximo de dos progenitores, a pesar de que algunas familias reconstituidas pueden precisamente desafiar «dogma de la biparentalidad»⁷⁵³. Esta limitación

motivos es muy claro, por ejemplo, en EE. UU. En este sentido, *vid.* Laura T. KESSLER, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁵¹ Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 20..

⁷⁵² En la adopción de menores en situación de desamparo no se prevé en ningún caso el mantenimiento de los vínculos de filiación previos. La única posibilidad prevista de mantener cierta relación con la familia anterior es la de constituir una modalidad abierta de adopción; *vid.* n. 7955 *infra*.

⁷⁵³ María Paz GARCÍA RUBIO, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres...», *op. cit.*, p. 211. Refiriéndose al contexto inglés-galés, DOUGLAS también señala cómo la existencia de adultos afines puede poner en jaque el paradigma de la biparentalidad: «*all of these measures are predicated upon a 'two parent paradigm', that is, an assumption that a child cannot (and should not) have more than two legal parents at a time. This assumption has long been challenged by the ambivalence felt towards step-parents, [...]: Gillian*

puede limitar el acceso a esta figura por parte de familias reconstituidas que, a pesar del rol parental del adulto afín, no consideran adecuado truncar ningún vínculo parental existente⁷⁵⁴. En consecuencia, pueden quedar sin reconocimiento algunas relaciones afines que *de facto* sean plenamente parentales; especialmente si se tiene en cuenta que el resto de instrumentos propuestos hasta ahora se extinguen necesariamente con la llegada a la mayoría de edad del hijo o hija de la pareja.

La institución de la adopción simple, presente en el CC hasta 1987⁷⁵⁵ y en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en la actualidad⁷⁵⁶, no trunca los vínculos de filiación que el adoptado tiene mantiene con anterioridad a la adopción. Sin embargo, en contraposición, impone a la nueva relación constituida consecuencias jurídicas un tanto distintas a las tradicionales derivadas de la filiación por naturaleza. En consecuencia, la propuesta de adopción aditiva que a continuación presento pretende responder a ambas limitaciones. Esta permitiría, de un lado, añadir una nueva relación de filiación idéntica al resto sin, del otro, extinguir, necesariamente, ninguna de las previas⁷⁵⁷. Así, la adopción con efectos «aditivos» permitiría alcanzar, en los casos en que resulte oportuno, un resultado de filiación multiparental para las familias reconstituidas.

DOUGLAS, «The changing concept of “family” and challenges for family law in England and Wales», en Jens M. SCHERPE, (ed.), *European Family Law volume II: The Changing Concept of «Family» and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 22-38, p. 31.

⁷⁵⁴ La adopción, al truncar toda relación de parentesco con la familia de uno de sus progenitores, puede no ser una medida acorde con el interés superior del menor, si este mantiene algún tipo de relación, por mínima que sea, con su progenitor no residente: Nina DETHLOFF, *op. cit.*, pp. 673-674. *Vid.*, también, Silvia TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastros*, Madrid, Reus, 2009, 216 pp., pp. 155-156.

⁷⁵⁵ Tal y como desarrollo en el subapartado 1.4. *infra*, este tipo de adopción fue suprimido del CC mediante 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 (de ahora en adelante, Ley 21/1987).

⁷⁵⁶ Kerry O'HALLORAN, *The Politics of Adoption. International Perspectives on Law, Policy and Practice*, 4, Cham, Springer Cham, 2021, 1045 pp., p. 4.

⁷⁵⁷ Por supuesto, la posibilidad de extinguir el vínculo de filiación mantenido con el progenitor no residente seguiría siendo posible cuando resultara conveniente, tal y como expongo en el subapartado 1.3. *infra*.

1.1. La elección del mecanismo de la adopción

He escogido el instituto jurídico de la adopción para la presente propuesta de establecimiento de una relación de filiación entre adulto afín e hijo o hija de su pareja porque, en el ordenamiento jurídico español, esta es la institución diseñada para formalizar la asunción voluntaria de la filiación no biológica de una persona ya nacida. Este mecanismo judicial, con unos requisitos formales fijados con la intención de salvaguardar el interés del adoptado y del resto de personas que puedan verse afectadas, es preferible a otras opciones registrales con las que contamos actualmente para determinar la filiación⁷⁵⁸. Estas pueden ser idóneas para menores recién nacidos, cuyo interés superior aún no puede ser específicamente evaluado con tanta precisión, pero no así para situaciones familiares complejas como las de las familias reconstituidas.

Por un lado, ya he tenido la oportunidad de argumentar en otro lugar que otorgar efectos automáticos a la relación afín resultaría inadecuado más allá de los propios de un régimen de pequeñas responsabilidades como el descrito en el capítulo III⁷⁵⁹. Una presunción de paternidad o maternidad derivada del matrimonio con un progenitor (similar a la prevista en el art. 116 CC) es, fuera de toda duda, un instrumento inadecuado dado que no siempre este matrimonio conllevará asociado un compromiso parental para con el menor⁷⁶⁰. Por otro lado, aunque el reconocimiento de complacencia es un mecanismo con el que a día de hoy cuentan las familias reconstituidas⁷⁶¹, este tiene un limitado ámbito de aplicación. Únicamente es posible cuando no existe una filiación contradictoria, mientras que son precisamente las familias en las que los

⁷⁵⁸ *Vid.* la reflexión respecto al acuerdo privado y la necesidad de intervención judicial en el contexto de la atribución, únicamente, de responsabilidades parentales en el subapartado 2.2. del capítulo anterior. Si para aquellos efectos se argumentaba la conveniencia de intervención judicial, con más razón parece necesaria en sede de filiación dados los mayores y permanentes efectos de esta.

⁷⁵⁹ *Vid.* subapartado 2.1. del capítulo III *supra*.

⁷⁶⁰ En este sentido se pronuncia, en relación con el parentesco socioafectivo: María Amalia BLANDINO GARRIDO, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁶¹ *Vid.* subapartado 4.2.1. del capítulo I *supra*.

menores tienen dos filiaciones determinadas las que más necesitan la atención del legislador por carecer de instrumentos a su disposición. Además, el valor de la correspondencia biológica en relación con la posible impugnación de la filiación determinada mediante este instrumento resulta, a día de hoy, cuanto menos incierto.

La controversia respecto a si el reconocimiento consiste en una declaración de voluntad o de ciencia (es decir, de correspondencia biológica o genética entre el reconocedor y el reconocido)⁷⁶² se ha ido intensificando en los últimos años, especialmente tras la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 449/2016, MP: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller (ECLI:ES:TS:2016:3119)⁷⁶³. Recientemente, además, la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁷⁶⁴ ha supuesto una modificación un tanto confusa de los arts. 120 CC y 44.6 LRC, acrecentando aún más la ya existente tensión entre la biología y la voluntad en relación con la determinación de la filiación por reconocimiento. Los preceptos modificados permiten ahora la declaración conforme en el momento del nacimiento o el reconocimiento de la filiación al padre o progenitor o madre «no gestante», con el objetivo de permitir esta vía de determinación de la filiación a parejas del mismo género, especialmente, las parejas de mujeres⁷⁶⁵. Esta reforma, que ha mantenido intacto el régimen de

⁷⁶² Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS y Rafael VERDERA SERVER, «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 15-68, p. 49.

⁷⁶³ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 (494/2016). Reconocimiento de complacencia», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, (ed.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil vol. 8*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 347-362, p. 353: «la decisión del TS en la STS 494/2016 convierte al reconocimiento en una alternativa legal a la adopción, creando una filiación revocable a voluntad, al menos durante los plazos de los arts. 136 y 140.II».

⁷⁶⁴ BOE núm. 51, de 01.03.2023 (de ahora en adelante, Ley trans y LGTBI).

⁷⁶⁵ En palabras de su Preámbulo: «Lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término “padre” en el artículo 120.1.º por la expresión “padre o progenitor no gestante” supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los

impugnación de la filiación basado en la verdad biológica⁷⁶⁶, así como la exigencia de *verosimilitud* del art. 26 LJV en relación con la aprobación judicial del reconocimiento de la filiación⁷⁶⁷, plantea serias dudas sobre qué ha de entenderse como fundamento del reconocimiento, pero especialmente sobre la posible impugnación del realizado por un progenitor con el que el reconocido no mantiene ningún vínculo biológico o genético.

De esta manera, el reconocimiento, a pesar de la última reforma, sigue constituyendo un medio de determinación de la filiación inadecuado para las familias reconstituidas. Ahora bien, en comparación con el procedimiento judicial de adopción, el procedimiento registral es sin duda más simple y menos oneroso para las partes⁷⁶⁸, lo que supone que las familias en las que el menor únicamente cuenta con un progenitor disponible tengan durante toda la vida una vía relativamente rápida y

mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁷⁶⁶ De hecho, el art. 137 CC, relativo a la acción de impugnación del hijo o la hija que ha sido modificado por la Ley trans y LGTBI, se refiere a «la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su padre o progenitor no gestante».

⁷⁶⁷ El art. 26.1 LJV dispone que: «[e]l Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la *verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma*, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (énfasis añadido). Este requisito había impedido hasta la fecha que cualquier persona que no fuera un hombre cis tuviera el acceso a esta vía de determinación de la filiación restringido. Para un repaso de ciertas la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior DGRN; de ahora en adelante, DGSJFP) en este sentido, *vid.* María Corona QUESADA GONZÁLEZ, «Retos actuales de la acción de impugnación de la filiación», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 119-183, p. 167. Destacan, por poner de manifiesto cómo este criterio excluye a las familias no heteronormativas, las RRDGRN núm. 3/2008, de 20 de noviembre y núm. 30/2014, de 17 marzo. En ambos casos, el reconocido era un hombre trans que, en el momento del nacimiento del pretendido reconocido, aún no había modificado su sexo registral.

⁷⁶⁸ Irantzu BERRIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 166. En palabras de QUESADA GONZÁLEZ: «la determinación extrajudicial de la filiación [...] evita tensiones y situaciones desagradables que se pueden suscitar cuando la filiación se determina judicialmente, además de suponer un considerable ahorro de tiempo y dinero»: María Corona QUESADA GONZÁLEZ, «Retos actuales de la acción de impugnación de la filiación», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 119-183, p. 168.

sencilla con la que no cuenta el resto (art. 44.6 LRC). Estas ventajas comparativas plantean la posibilidad de considerar la creación de un mecanismo registral para la determinación de la filiación basada en la voluntad⁷⁶⁹. Es decir, un mecanismo cuyo título de atribución fuera la voluntad y que, por tanto, no pudiera ser impugnado por falta de correspondencia con la verdad biológica, y mucho menos que el reconecedor estuviera activamente legitimado para hacerlo⁷⁷⁰. Al fin y al cabo, la filiación determinada tras el uso de TRHA se basa en la voluntad y no en la correspondencia genética, y no requiere de intervención judicial.

Ahora bien, la adopción presenta frente a todas estas opciones un control de las circunstancias familiares y de la situación del menor más riguroso, así como también la posibilidad de participación del propio menor en el proceso⁷⁷¹ y la determinación de los efectos concretos que la adopción comportaría en el conjunto del sistema familiar. En las familias reconstituidas, el hijo o hija ya ha nacido y el plazo de inscripción del nacimiento habrá sido superado con creces en la mayoría de supuestos. En este sentido, el control judicial propio de la adopción puede garantizar la escucha del menor; así como que, mediante su constitución, se tengan en cuenta todos los intereses en juego y que se cumpla efectivamente su finalidad: institucionalizar una relación de filiación que el menor ya mantiene *de facto* con el adulto afín y que esta es beneficiosa para él o ella. A la vez, también se puede evaluar la conveniencia del mantenimiento de ciertos vínculos familiares previos

⁷⁶⁹ Similar, por ejemplo, al previsto en el ordenamiento jurídico brasileño *Vid.* subapartado 4.2.1. del capítulo II *supra*.

⁷⁷⁰ Esta es la propuesta, por ejemplo, en María Amalia BLANDINO GARRIDO, *op. cit.*, p. 44. «En lo que concierne a la forma de determinar el parentesco socioafectivo, considero que pueden utilizarse las mismas formalidades previstas para el acto de reconocimiento y que, por tanto, la declaración de voluntad podrá formularse ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120.2º CC) [...] Ahora bien, cabría también ejercitar una acción dirigida al establecimiento de la filiación socioafectiva, que será declarada tras comprobar que existe una relación de afectividad estable y una voluntad libre de instaurar el vínculo paterno o materno-filiab».

⁷⁷¹ De acuerdo con el art. 177.1 y 3.º CC, y 235-40 y 235-43.c) CCCat, así como la Ley 60 FNN el menor deberá ser escuchado de acuerdo con su madurez y deberá prestar consentimiento a la adopción por él o ella mismo a partir de los 12 años.

y con qué alcance, en consonancia con la propuesta que desarrollo a lo largo del capítulo.

A continuación, analizo diferentes tipologías de familias reconstituidas en función de si existen uno o dos progenitores y de la implicación de este segundo en la vida del menor⁷⁷² con el objetivo de identificar las necesidades específicas que estas pueden tener en relación con el mantenimiento de ciertos vínculos tras la adopción.

1.2. Adopción de menores con un solo progenitor determinado

Como ya he adelantado, las familias reconstituidas pueden venir precedidas por una situación de monoparentalidad. Es decir, los hijos no comunes no necesariamente provienen de una relación anterior del progenitor residente. En estos casos en los que el hijo o hija únicamente tiene y ha tenido una filiación determinada, los efectos extintivos de la regulación actual de la adopción en el ordenamiento jurídico español no tienen por qué ser un obstáculo para acceder a ella como vía de institucionalización de la relación afín. El establecimiento de una relación de filiación entre menor y adulto afín mediante adopción no comportará la extinción de ningún vínculo previo por lo que la regulación de la adopción del hijo o hija de la pareja es seguramente relativamente satisfactoria en la mayoría de casos.

Ahora bien, este supuesto de adopción, en el que se reconoce legalmente una relación de filiación que *de facto* ya estaba ocurriendo y en el que se mantiene intacta una de las dos filiaciones determinadas es claramente diferente a la adopción de un menor en situación de riesgo y desamparo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no ofrece una regulación lo suficientemente diferenciada y por tanto más clara de

⁷⁷² Véase el apartado 3 *infra* para un análisis del supuesto específico de la adopción de mayores de edad.

este tipo de adopción, la cual responde a una *ratio legis* diferente y requeriría de cierta adecuación respecto a sus efectos⁷⁷³.

Por otro lado, en este tipo de familias, puede ocurrir que el segundo progenitor biológico aparezca en la vida del menor con posterioridad a la adopción. El actual art. 180.4 CC prevé esta posibilidad y establece que la determinación de la filiación por naturaleza no afecta a la adopción ya constituida. Así, tras una adopción, puede producirse la determinación de la filiación biológica, si bien esta únicamente produciría efectos declarativos y el establecimiento de los impedimentos matrimoniales por razón de parentesco correspondientes entre el adoptado y la familia del progenitor biológico sobrevenido (art. 178.3 CC). En consonancia, el progenitor biológico no estaría legitimado para ejercer la acción de extinción de la adopción del art. 180.2 CC al no requerir la norma del art. 177 CC la intervención de quien no tiene la consideración de progenitor en ese momento⁷⁷⁴. Esta filiación es inscribible en el Registro Civil, si bien sometida al régimen de publicidad restringida de los arts. 83 y 84 LRC.

La *ratio* de esta norma es la protección de la verdad biológica y el principio de libre investigación de la paternidad del art. 39 CE⁷⁷⁵. Es de celebrar que la previsión del art. 180.4 CC sea un ejemplo de reconocimiento simultáneo de los orígenes biológicos y genéticos y de la parentalidad social. Ahora bien, podría ser interesante prever la posibilidad de que, si las partes así lo convienen y esto resultara beneficioso para el menor, pudiera darse una mayor relevancia a la

⁷⁷³ Irantzu BERIAIN FLORES, *La Adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 320 y ss. La autora identifica tres materias en las que los efectos de la adopción se regulan teniendo en cuenta el supuesto genérico de la adopción por parte de extraños y resultan inadecuados para el del hijo o hija de la pareja. Estas son la atribución de apellidos, el modo de inscripción de la adopción y el reconocimiento de derechos sucesorios. Tanto la primera como la tercera cuestión serán analizadas en profundidad en el apartado 4 *infra*.

⁷⁷⁴ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 739. Helena Díez GARCÍA, «Artículo 180», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (ed.), *Comentarios al Código Civil, Tomo 2*, València, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1931-1953, p. 1945. *Vid.*, también, subapartado 2.3. *infra*.

⁷⁷⁵ Helena Díez GARCÍA, *op. cit.*, p. 1945.

filiación biológica sobrevenida sin que esta afectara a la adoptiva. Es decir que, ante una aparición repentina del progenitor biológico, este pudiera desempeñar algún papel parental en la vida del menor, más allá del meramente declarativo, sin desplazar a sus otros dos progenitores. En este sentido, me remito al análisis que realizo a continuación de las situaciones en que un menor tiene dos progenitores determinados.

1.3. Adopción de menores con dos progenitores determinados

La existencia de un segundo progenitor, de un progenitor no residente, puede convertir en inadecuado, o cuanto menos dificultar, el recurso a la adopción por parte de las familias reconstituidas. La consecuente extinción del vínculo de filiación con este es un efecto que impide la adopción por parte del adulto afín en las familias en las que el progenitor no residente ejerce como tal en relación con el menor. Pero incluso en los casos en los que no lo hace, la exigencia de su asentimiento [arts. 177.2 CC, 235-41.1.b) CCCat y Ley 60.II FNN] puede dificultar la constitución de la adopción⁷⁷⁶.

1.3.1. Progenitor no residente fallecido

La viudedad y muerte de un progenitor puede ser la situación previa a la formación de una familia reconstituida. En estos supuestos, el menor, si bien ha tenido en algún momento un segundo progenitor, ya no lo tiene cuando el adulto afín desempeña un rol parental con él o ella. En los casos en que este rol es fundamentalmente equivalente al de un progenitor legal, la adopción puede ser un recurso útil para estas

⁷⁷⁶ Siempre que este progenitor no haya estado previamente privado de responsabilidades parentales, en cuyo caso, su asentimiento no será necesario. En caso de haber estado privado de la responsabilidad parental o suspendido de su ejercicio, no se requiere el asentimiento del progenitor (arts. 177.2 CC). Si bien, respecto del último supuesto, la ley requiere que hayan transcurrido al menos dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo sin oposición fundada. Surge, pues, la pregunta de si en relación con la adopción del hijo del cónyuge, esta previsión, *mutatis mutandi*, podría ser también aplicable.

familias, en tanto que no se dan problemas prácticos en relación con el desempeño de funciones parentales.

Sin embargo, la sustitución formal de su figura como progenitor y de todas las relaciones de parentesco con su rama familiar puede resultar inadecuada⁷⁷⁷. Al fin y al cabo, con anterioridad al fallecimiento del progenitor, este podía haber mantenido una estrecha relación parental con el menor. Además, la posible familia extensa de este puede seguir manteniendo una relación familiar con él o ella (piénsese, por ejemplo, en los abuelos) que, de producirse la adopción por parte del adulto afín, perdería legalmente su carácter familiar y de parentesco.

La regulación de la adopción del hijo o hija de la pareja en derecho catalán intenta dar respuesta a estas situaciones, al menos en lo que hace a los vínculos con la familia extensa del progenitor no residente fallecido. El art. 235-47.2 y 3 CCCat permite mantener los vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia extensa del progenitor sustituido, siempre que exista trato familiar entre ellos. Este modelo, que puede calificarse de sustitución sin ruptura, es positivo y sin duda mejor, por ofrecer más posibilidades de adaptarse a los diversos contextos de las familias reconstituidas, que el previsto para la adopción del hijo o hija de la pareja en el CC⁷⁷⁸. Sin embargo, aún podría

⁷⁷⁷ Aunque se refieren al contexto cubano, estas reflexiones de PÉREZ GALLARDO son perfectamente extrapolables a nuestro contexto y describen bien los problemas que la sustitución de vínculos puede suponer incluso cuando el progenitor no residente ha fallecido: «En estos supuestos, en Cuba rara vez se procede a la adopción respecto del padre o madre afín, que en muchos de los casos es quien lo forma, lo educa, le transmite costumbres, valores, reglas de educación formal, quien incluso le da el sello de identidad de su propia familia, comportándose como su verdadero padre o madre. No obstante, el respeto a la memoria del padre fallecido y los vínculos que mantiene con esa familia tradicionalmente ha hecho que no se adopte, teniendo en cuenta además que en la manera en que se regula hoy día, esta adopción supondría inexorablemente el desplazamiento filiatorio del padre o madre biológico fallecido»: Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁷⁸ «El hecho de que, pese a la adopción, persistan los vínculos con la familia del otro progenitor es una novedad destacable, pues la pérdida de esa relación de parentesco era, en algunos casos, un efecto indeseado, que motivaba que no se optase por la adopción en casos en que verdaderamente esta era la mejor opción para el hijo»: Margarita GARRIGA GORINA, «Artículo 235-47. Efectos específicos de la adopción»,

mejorarse si, dejando de lado la regla del binarismo parental, se prescindiera de la exigencia de sustitución del progenitor no residente y pudiera mantenerse su filiación determinada. Se trataría esta de una multiparentalidad en materia de filiación puramente formal, pero que puede ser decisiva para garantizar el respeto de la identidad del hijo o la hija.

1.3.2. Progenitor no residente ausente / no implicado en la vida del menor

En algunos casos, la segunda filiación de un menor puede no reflejar una relación paternal o maternal funcional. Es decir, el progenitor no residente puede no estar involucrado en la vida y crianza de su hijo o hija ya sea por un desentendimiento de facto o de derecho, al estar privado de las responsabilidades parentales. En estos supuestos, la sustitución funcional de progenitores que conlleva la adopción del hijo o hija de la pareja actualmente puede no suponer un obstáculo para el recurso a este mecanismo, sino precisamente ser el objetivo deseado, especialmente en los casos en que este progenitor ha incumplido gravemente sus deberes como tal.

Ahora bien, cuando el progenitor únicamente se ha desentendido *de facto* (es decir, no ha sido judicialmente privado de responsabilidades parentales), su negativa a la adopción puede frustrarla. Si bien la exigencia de asentimientos es algo más flexible que la de los consentimientos⁷⁷⁹, su denegación supone un *veto* a la adopción, en consonancia con lo dispuesto en el art. 9.2 CNUDN⁷⁸⁰. Así, en estos

en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 1178-1185, p. 1180.

⁷⁷⁹ Estos pueden obviarse en caso de que quienes los hayan de prestar se encuentren imposibilitados para ello [circunstancia que se deberá hacer constar detallada y motivadamente en el auto de adopción (art. 177.2 CC)] o no pueda conocerse su paradero (art. 38 LJV). Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 700.

⁷⁸⁰ Susana ESPADA MALLORQUÍN, «La adopción en el derecho civil común», en Luis Díez-PICAZO, Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1753-1806, p. 1782. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 703.

casos, el único recurso con el que contaría el adulto afín para poder proceder a la adopción sería el de probar que el progenitor se encuentra incurso en una causa de privación de la responsabilidad parental. Esta situación convierte el procedimiento de adopción en contencioso (arts. 37.2 LJV y 781.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷⁸¹), que deberá tramitarse de acuerdo con el art. 753 LEC⁷⁸². El progenitor no residente deberá presentar su demanda alegando que es necesario su asentimiento para proceder a la adopción, es decir, que no incurre en ninguna causa de privación de responsabilidades parentales (arts. 170 CC y 236-6 CCCat). Además de las pruebas que puedan aportarse de parte, la autoridad judicial puede acordar de oficio el resto que considere oportunas (art. 752.1 LEC).

En cualquier caso, aun contando con el asentimiento del progenitor, la continuación de las relaciones del adoptando con la familia extensa de este puede darse, por lo que el mantenimiento de vínculos jurídicos también puede resultar conveniente en estos supuestos. Como señala GARRIGA GORINA en relación con casos de desamparo (que perfectamente podría extrapolarse a las relaciones que un menor mantiene con la familia extensa de su progenitor no residente): «Piénsese en el caso del menor que está bien integrado en una familia acogedora, pero que, por su edad, ha tenido una relación relevante con los padres u otros miembros de esa familia y que tiene vínculos afectivos con ellos. En estos casos, si la vinculación es relevante desde el punto de vista del hijo, pese a que, por el motivo que fuere, no han podido ni van a poder hacerse cargo de él, no parece conveniente que se pierda esa relación de parentesco. Es posible que el hijo se sintiera más cómodo con la idea de que la familia con la que convive es su segunda familia, que no tiene por qué excluir a su otra familia. De esta forma, se evitaría el conflicto de lealtades que puede suponer para él manifestar su voluntad de ser adoptado y, además, se favorecería la aceptación de

⁷⁸¹ BOE núm. 7, de 08.01.2000 (de ahora en adelante, LEC).

⁷⁸² En consecuencia, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC) y la asistencia letrada y representación por parte de un procurador (art. 750.1 LEC).

la adopción por la familia de procedencia»⁷⁸³. De esta manera, podría preverse el mantenimiento de vínculos con esta rama familiar más allá del supuesto del fallecimiento del progenitor no residente.

Por otro lado, aunque sea seguramente más frecuente en el caso del fallecimiento del progenitor no residente, un progenitor que *de facto* se ha desentendido de la crianza del menor puede aun así ser considerado por el menor como su progenitor. Podría darse, entonces, que las partes prefirieran mantener el vínculo de filiación, si bien, por ejemplo, sin que a este progenitor le fuera atribuido el ejercicio de responsabilidades parentales o incluso manteniéndose esta como una mera filiación declarativa, como en el supuesto de la determinación de la filiación posterior a la adopción. Esta posibilidad podría facilitar el recurso a la adopción en familias reconstituidas en las que el hijo considera a su progenitor residente y al adulto afín sus figuras parentales presentes y al progenitor no residente, una figura lejana, pero simbólicamente parental.

1.3.3. Progenitor no residente implicado en la vida del menor

Por último, puede que la relación de filiación mantenida con el progenitor no residente sea funcional, es decir, que este esté asumiendo todas o algunas de las funciones de crianza propias del rol de progenitor. Dentro de este supuesto, podemos englobar una gran variedad de situaciones desde progenitores con los que el menor tiene un régimen no muy intenso de relaciones, hasta los que comparten *de facto* o *de iure* la guarda con los progenitores residentes. Estaríamos, pues, ante casos de verdadera coparentalidad, en la que ambos progenitores son percibidos por el menor como figuras parentales. Por este motivo, la adopción del hijo o hija de la pareja, tal y cómo está regulada en la actualidad, no es una opción que pueda considerarse, con independencia de que la relación entre el adulto afín y el menor sea totalmente equiparable a la paterno- o materno-filial.

⁷⁸³ Margarita GARRIGA GORINA, «Artículo 235-47...», *op. cit.*, p. 1182.

La posibilidad de mantener todos los vínculos de filiación intactos mediante una adopción aditiva, a la vez que se prevé la posibilidad de un ejercicio múltiple de las responsabilidades parentales⁷⁸⁴, podría constituir la vía legal idónea para algunas de estas familias, plenamente multiparentales.

1.4. Adición de vínculos: la adopción simple

Independientemente de la situación familiar en la que se encuentre el menor que va a ser adoptado por su adulto afín, ha quedado patente que puede resultar contrario a su interés extinguir automáticamente todos sus vínculos familiares anteriores. Lejos de que la solución sea no proceder a la adopción en los casos en los que el adulto afín es *de facto* ya un progenitor, los efectos legales de la adopción podrían ser reformados para permitir la subsistencia de ciertos vínculos en función de las circunstancias familiares.

1.4.1. Antecedentes en derecho español

Precisamente la permanencia de los vínculos familiares anteriores es una de las características principales de la institución comúnmente denominada «adopción simple». Este tipo de adopción fue originalmente regulada en el Código civil español de 1889 en sus arts. 173 y ss.⁷⁸⁵. Al constituir esta adopción, los vínculos con la familia de origen no se extinguían, pero el adoptando no adquiría un verdadero *status familiae* sino simplemente un *status filii* en relación con el adoptante. La evolución de la adopción durante el siglo XX se caracterizó por un

⁷⁸⁴ *Vid.* capítulo anterior.

⁷⁸⁵ El art. 180 CC en la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil (de ahora en adelante, Ley de 24 de abril de 1958), al regular los efectos de este tipo de adopción en relación con la «patria potestad», se refería explícitamente al supuesto de la adopción del hijo del cónyuge: «Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo ciento cincuenta y cuatro. En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza».

resurgimiento del interés social por esta institución⁷⁸⁶, fundamentalmente en relación con menores desatendidos, cuyo número aumentó significativamente durante la primera mitad de siglo⁷⁸⁷. Estas nuevas necesidades sociales provocaron, en 1958, la introducción de la adopción plena de menores, centrada en la protección de estos y de la cual la actual regulación es heredera⁷⁸⁸. Paralelamente, la adopción «original», que no extinguía los vínculos previos, pasó a denominarse «menos plena»⁷⁸⁹. Esta evolución culminó con la eliminación de la adopción simple del código mediante la Ley 21/1987. De esta manera, la adopción ha pasado de ser una institución centrada en el mantenimiento de la familia desde una vertiente patrimonial, a ser una institución centrada en la protección del menor. A la vez, sin embargo, su carácter de vía alternativa de constitución de la filiación de un menor ha ido intensificándose en las últimas décadas mediante su apertura a las

⁷⁸⁶ En el momento de la aprobación del Código, la adopción era vista como una institución residual caída en desuso: M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10/2, 2018, pp. 642-675, p. 646. El interés que se entendía que se salvaguardaba mediante dicha institución era el del adoptante y la posibilidad de mantener su línea familiar en su sucesión, por lo que, a la vez, se veía como un elemento perturbador de la que ya pudiera existir: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, pp. 624-625. Arantzazu VICANDI MARTÍNEZ, «Artículo segundo. Veintidós», en Francisco LLEDÓ YAGUE (dir.), María Pilar FERRER VANRELL (dir.), José Ángel TORRES LANA (dir.), María José ACHÓN BRUÑÉN (dir.), Óscar MONJE BALMASEDA (coord.), Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 684-694, p. 686. En este sentido, únicamente podían adoptar las personas mayores de 45 años sin descendencia legítima o legitimada a personas que fueran 15 años más jóvenes, tanto menores como mayores de edad.

⁷⁸⁷ En España, debido principalmente a la guerra civil y la represión de la posguerra y la dictadura, pero en otros países europeos como Francia e Italia este aumento se debió a las consecuencias de las Guerras Mundiales: Jean-François MIGNOT, «Adoption in France and Italy: A Comparative History of Law and Practice (Nineteenth to twenty-First centuries)», *Population*, vol. 70 / 4, 2015, pp. 759-782, p. 760. Este auge internacional de la adopción propició el desarrollo de los primeros Convenios Internacionales en materia de protección del menor como el CNUDN: M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, *op. cit.*, p. 647.

⁷⁸⁸ Mediante la Ley de 24 de abril de 1958.

⁷⁸⁹ Fue la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código civil (de ahora en adelante, Ley 7/1970) la que introdujo por primera vez el término de adopción «simple».

parejas del mismo género y la flexibilización de la adopción por parte de la pareja del progenitor⁷⁹⁰.

En relación con la evolución de la adopción descrita, se ha dicho que se ha producido una correlación entre el progresivo fortalecimiento de los vínculos de filiación (hasta el punto de equiparar los efectos de la adopción a los de la filiación natural) y el debilitamiento de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen (conllevando la supresión de la posibilidad de la adopción simple)⁷⁹¹. Esta correlación es frecuentemente descrita como lógica e inevitable, como si la pérdida de vínculos de origen fuera una contrapartida «natural» y deseable de la integración en una nueva familia⁷⁹². Sin embargo, reformas recientes han otorgado una cierta «apertura» a la adopción y nuevas sensibilidades sociales comienzan a cuestionar con fuerza el secretismo y la regla general de extinción de los vínculos anteriores a la adopción⁷⁹³. En este sentido, destacan la positivización del derecho a conocer los propios orígenes por parte de las personas adoptadas⁷⁹⁴ y la regulación de la

⁷⁹⁰ La evolución de la adopción como institución de derecho de familia está caracterizada por una alta mutabilidad y adaptabilidad: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 620. Esta evolución no es característica de nuestro ordenamiento, sino que se extiende en todo el contexto internacional: «*The following brief historical overview of adoption as a social construct reveals that its usefulness, at various times and places, has rested in particular on a capacity to meet the needs of adopters and their range of quite different motives. Adoption, its social role and legal functions, has always been susceptible to being shaped by the needs of adopters*»: Kerry O'HALLORAN, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁹¹ M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, *op. cit.*, p. 648.

⁷⁹² Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 722.

⁷⁹³ En las últimas décadas, el recurso a la adopción en España se ha normalizado de gran manera y se ha comenzado a superar el absoluto secretismo y confidencialidad que la rodeaba: Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las open adoptions en el Derecho anglosajón», *Actualidad civil*, vol. 4, 2017, pp. 1-33, p. 4. La rigidez de la máxima de que con la adopción se extingue cualquier relación con la familia anterior es cada vez más matizada en la actualidad y se contempla que en ocasiones esta no pueda redundar en el bienestar del menor, especialmente en los casos, cada vez más frecuentes, de una edad avanzada de las personas adoptadas: Elsa SABATER BAYLE, «La adopción abierta en el derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 4 ter, 2016, pp. 66-93, p. 70.

⁷⁹⁴ Introducido por primera vez en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (de ahora en adelante, LAI) e incorporado al CC por la Ley 26/2015.

posibilidad de acordar una adopción abierta⁷⁹⁵. De esta manera, existen voces que abogan por la recuperación de una adopción sin extinción de vínculos, con efectos simples, en el ordenamiento jurídico español⁷⁹⁶. De hecho, la introducción de la adopción simple fue una posibilidad discutida durante la tramitación del Libro Segundo del CCCat, durante la que se propuso la siguiente redacción para el apartado 4 del art. 235-47 CCCat⁷⁹⁷: «*[e]xceptionalment en interès del fill l'autoritat judicial, a proposta*

⁷⁹⁵ Esta posibilidad fue introducida en el art. 178.4 CC mediante la reforma operada por la Ley 26/2015. El CGPJ la definió en su informe al anteproyecto de ley como «aquella adopción en que los padres biológicos y los padres adoptivos se conocen, comparten sus identidades, intercambian información y pueden comunicarse a lo largo de los años, manteniendo el adoptado relación con su familia de origen y especialmente, con sus hermanos biológicos» [Madrid, 30 de septiembre de 2014, p. 85; disponible en línea aquí:

<file:///C:/Users/anark/Downloads/20141007%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20a%20la%20Infancia%200009.14.pdf> (f.c.: 16.03.2023)]. La autoridad judicial puede acordar que se establezca entre el adoptado y su familia anterior una relación de contacto, a través de visitas o comunicaciones; lo que evidentemente no implica mantener una relación de filiación. La relación puede consistir tanto en una simple comunicación al adoptando de ciertos datos identificativos de la familia de origen como en un régimen de intercambio de información entre familias. Incluso puede señalarse de un régimen de relaciones consistente en visitas periódicas programadas, que pueden ser supervisadas o mediadas por la Entidad Pública competente: M^a Raquel BELINCHÓN ROMO, «Artículo segundo. Veintitrés», en Francisco (dir.) LLEDÓ YAGUE, María Pilar (dir.) FERRER VANRELL, José Ángel (dir.) TORRES LANA, María José (dir.) ACHÓN BRUNÉN, Óscar (coord.) MONJE BALMASEDA, Leonardo B. (coord.) PÉREZ GALLARDO, (eds.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 695-705, p. 699. La posibilidad de la adopción abierta ya había estado previamente prevista en el art. 235-47.4 CCCat. Este prevé la posibilidad excepcional de acordar una adopción de este tipo en el contexto de la adopción internacional, en relación con menores provenientes de países donde no exista una institución equivalente a la adopción, pero también establece una cláusula abierta, por lo que es posible acordar una adopción abierta en cualquier caso «si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor.».

⁷⁹⁶ «*Malgrat tot, penso que s'hauria d'explorar una fórmula d'adopció flexible que permetés la protecció del menor i assegurés la posició del segon consort del pare o la mare biològics, sense excloure, però, els lligams amb la família originària, que certament molts cops és convenient mantenir*»: Encarnación ROCA TRIAS, «La regulación de les famílies recompostes o reconstituïdes», *op. cit.*, pp. 236-237. *Vid.*, también, Josep FERRER RIBA, «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *op. cit.*, p. 171; y M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10/2, 2018, pp. 642-675, p. 643.

⁷⁹⁷ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Panorama general de la reforma del derecho de Familia en el libro II del Código Civil de Cataluña», en Núria GINÉS CASTELLET, (ed.),

de la Entitat Pública o del ministeri fiscal, pot disposar el manteniment dels vincles amb la família biològica [...] quan hi hagi vincles afectius amb la mare, el pare o els germans biològics, el trencaments dels quals sigui greument perjudicial per l'interès del menor». Sin embargo, una enmienda de modificación transformó dicho apartado en la vigente previsión de una modalidad abierta de adopción, que no simple⁷⁹⁸.

1.4.2. Derecho comparado

Este tipo de adopción también sigue presente o ha sido reintroducida en diversos ordenamientos extranjeros⁷⁹⁹. Con el objetivo de obtener cierta inspiración en el desarrollo de la propuesta de este capítulo, he analizado las regulaciones francesa, italiana, argentina y cubana al respecto.

La Família Del Siglo XXI: Algunes Novedades Del Libro II Del Código Civil de Catalunya, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2011, pp. 13-50, p. 28. Margarida GARRIGA GORINA, «La successió en el cas d'adopció en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 4, 2009, pp. 983-1000, n. 6.

⁷⁹⁸ Rivero Hernández indica que «se decidió postergar esa recuperación de la adopción simple hasta conocer mejor su necesidad e incidencia social [...]»: Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Panorama general de la reforma...», *op. cit.*, p. 28.

⁷⁹⁹ De esta manera, aunque la adopción simple ya no sea una opción en derecho español, el hecho de que esta sí lo sea en una cantidad considerable de países provoca que siga siendo una institución relevante en nuestro ordenamiento en el contexto de la adopción internacional y, especialmente, en el ámbito del derecho internacional privado. En este sentido, nuestro ordenamiento, por un lado, prevé la posibilidad de convertir las adopciones simples constituidas en el extranjero en adopciones plenas de acuerdo con el derecho español (art. 27 Convenio de La Haya de 1993 y art. 15.2 LAI) siempre que adoptante o adoptado sean españoles mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 42 LJV). Por otro, puede reconocerse la adopción simple constituida en el extranjero (arts. 24 Convenio de La Haya de 1993, y 30 y 31 LAI), si bien no puede ser inscrita en el Registro Civil como adopción y sus efectos serán limitados; en particular, la atribución de la responsabilidad parental. De acuerdo con la doctrina de la DGSJFP, la adopción simple, «si ha sido válidamente constituida en el extranjero, será tratada en España jurídicamente como un acogimiento familiar y puede ser objeto de anotación con valor simplemente informativo»: RDGRN núm. 30/2018 de 16 noviembre. Solución que ciertamente supone una contradicción al reconocer el vínculo de filiación, pero negarle cualquier efecto registral; y una degradación de la institución de la adopción simple al ser tratada como un acogimiento que no establece ningún vínculo de filiación: M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, *op. cit.*, p. 671.

a) *La adopción simple en los ordenamientos francés e italiano*

La adopción simple es una institución tradicional del derecho civil francés⁸⁰⁰. En la actualidad, los efectos simples de la adopción se encuentran regulados en los arts. 360 a 369 del CCF. No obstante, el ordenamiento jurídico francés no solo prevé el mantenimiento de vínculos mediante la adopción simple, sino que tras, una reciente reforma de la adopción⁸⁰¹, el CCF contiene una regulación específica de la adopción del hijo o hija de la pareja (con efectos plenos o simples), en los arts. 370 a 370-1-8 CCF. Esta regulación se introduce diferenciada en un capítulo autónomo para «reflejar la creciente importancia de este tipo de adopción, que se corresponde con más de la mitad de las adopciones pronunciadas en Francia»⁸⁰². En este país, la adopción simple es el tipo de adopción más utilizado en el contexto doméstico, especialmente en el contexto de las familias reconstituidas,

⁸⁰⁰ La historia de la adopción simple francesa actual se retrotrae a los inicios del *Code* en 1804. Concebida originalmente como un instrumento centrado en la sucesión patrimonial, tan sólo las personas mayores de 50 años sin hijos podían adoptar a adultos mayores de 21 años de los que hubieran cuidado durante su minoría de edad: Jean-François MIGNOT, «Adoption in France and Italy...», *op. cit.*, p. 761. Así se pretendía evitar, por un lado, que la presencia de hijos adoptivos perjudicara la sucesión de posibles hijos «naturales»; y, por otro, el tráfico de menores mediante su adopción. En 1923, sin embargo, la adopción fue reformada por primera vez para otorgarle ciertos fines de protección y se permitió la adopción de menores de edad, debido al creciente número de huérfanos tras la primera Guerra Mundial. Más tarde, en 1939, se creó la «legitimación adoptiva», que en 1966 cristalizó como adopción plena (*plenière*). Esta se presentó como adopción «ordinaria o verdadera», mientras que se consideró que la simple, que recuperó su mera función sucesoria, acabaría siendo residual: Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, «Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle», Paris, 2014, 1-547 pp., p. 97.

⁸⁰¹ Reforma operada por la *Ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption* que entró en vigor el 1 de enero de 2023. La ley núm. 2022-2019 a la que hace referencia el título de la ordenanza autorizaba al gobierno francés a modernizar, sin modificar la regulación sustantiva, la estructura del Título VIII del Libro I del CCF. La nota de prensa relativa a dicha reforma se encuentra, disponible (en francés) aquí: <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000046369958/> (f.c.: 28/10/2022).

⁸⁰² Nota de prensa relativa a la publicación de la Ordenanza núm. 2022-1292, citada en la n. anterior.

y también por parejas del mismo género para determinar una segunda filiación respecto de sus hijos o hijas⁸⁰³.

En el ordenamiento jurídico italiano, la adopción con efectos simples es llamada *adozione particolare*⁸⁰⁴ y regulada en los arts. 44 y ss. de la *legge n. 184, 4 maggio 1983, de Diritto del minore ad una familia* (de ahora en adelante, L184/1983). Este tipo de adopción está previsto para supuestos «especiales»: (a) la adopción de parientes huérfanos, o de huérfanos por parte de personas con las que mantienen una relación significativa; (b) la adopción del hijo o hija del cónyuge; (c) la adopción de menores huérfanos con alguna discapacidad; y (d) la adopción en caso de que resulte imposible que tenga lugar un acogimiento pre-adoptivo⁸⁰⁵. Por su parte, la adopción de mayores de edad, que siempre comporta efectos simples, se encuentra regulada en los artículos 291 y ss. del Código Civil italiano (de ahora en adelante, CCI).

⁸⁰³ Kerry O'HALLORAN, *The Politics of Adoption. International Perspectives on Law, Policy and Practice*, 4, Cham, Springer Cham, 2021, 1045 pp., p. 5; Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 100; Jean-François MIGNOT, «“Simple” Adoption in France», *Revue française de sociologie*, vol. 56/3, 2015, pp. 365-394, p. 365; Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁰⁴ Aunque en el derecho italiano la adopción de menores de edad con efectos simples es conocida como «*adozione particolare*», STEFANELLI la asimila a la adopción simple de otros ordenamientos: Stefania STEFANELLI, «Legal relationships between adults and children in Italy», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge - Antwerp - Chicago, Intersentia, 2019, pp. 351-383, p. 372.

⁸⁰⁵ Si bien habían de ser supuestos marginales y peculiares en su concepción, ya no lo son en la actualidad, sino que son un instrumento frecuentemente utilizado por familias reconstituidas y por parejas del mismo género: Nicola CHIRICALLO, «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 17 mayo 2022, p. 1-16, p. 2. Además, este último supuesto ha sido interpretado como cláusula residual y ha permitido la adopción por parte de parejas del mismo género del progenitor, las cuales tienen vedado el acceso al matrimonio y la adopción conjunta: Barbara POLISENO, «La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore», *Questione Giustizia*, vol. 2, 2019, pp. 101-113, p. 107; Salvatore ACETO DI CAPRIGLIA, «La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo», *federalismi.it*, vol. 6, 2020, pp. 1-41, p. 35; Vincenzo BARBA, «Famiglie ricomposte e diritto di successione...», *op. cit.*, n. 80.

b) *El mantenimiento de vínculos tras la adopción en los ordenamientos argentino y cubano*

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos argentino y cubano presentan unos instrumentos relativamente similares entre ellos. De una parte, regulan la «adopción por integración» (la prevista para el hijo o hija de la pareja) de manera autónoma a la adopción de menores necesitados de protección en los arts. 630 y ss. CCCN y 103 a 108 CFC⁸⁰⁶, respectivamente. Y, de otra, prevén que las adopciones puedan tener efectos plenos o simples, en función de las circunstancias familiares. El art. 621 CCCN establece un sistema flexible en cuanto a efectos de la adopción, los cuales deben ser decididos por la autoridad judicial atendiendo a las circunstancias particulares del caso⁸⁰⁷. Por su parte, el art. 95 CFC prevé que, excepcionalmente los vínculos de filiación puedan subsistir tras una adopción por integración⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ La adopción por integración se encontraba regulada de manera breve en el Código cubano de 1975. El nuevo CFC amplía esta regulación y hace posible que, en determinados casos, se acuerde judicialmente la multiparentalidad: Yamila GONZÁLEZ FERRER, «La Adopción de Niñas, Niños y Adolescentes En El Nuevo Código de Las Familias», *Pensar El Derecho*, 6 de septiembre de 2022, Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2022/09/26/el-futuro-del-codigo-de-las-familias/> (f.c.: 11.10.2022).

⁸⁰⁷ Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 619», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 425-427, p. 427. Los efectos de la adopción simple se encuentran regulados en los arts. 627 y ss. CCCN, mientras que los de la adopción plena, en los arts. 624 y ss. CCCN. En general, el sistema de adopción se propone flexible en relación con los efectos sobre los vínculos familiares existentes y que deben crearse mediante esta (art. 621 CCCN). En la regulación anterior, ley 24.779, la adopción por parte de la pareja del progenitor comportaba siempre efectos simples. El CCCN introdujo un tipo autónomo de adopción, el de integración para atender a las dinámicas y necesidades específicas de las familias reconstituidas que no necesariamente comporta efectos simples: *Ibid.*, p. 426.

⁸⁰⁸ Esta norma se trata de una concreción de la previsión general de la multiparentalidad sobrevenida que realiza el art. 59 CFC en sede de disposiciones generales relativas a la filiación.

c) *La adopción simple propuesta en Países Bajos*

Por último, si bien no llegó a materializarse⁸⁰⁹, además de la propuesta de la multiparentalidad como resultado de un acuerdo reproductivo⁸¹⁰, el Comité de Países Bajos también recomendó la introducción de una forma de adopción con efectos simples⁸¹¹. El informe reconoce que este instrumento es óptimo para reconocer la crianza *de facto* del menor, cuando esta es llevada a cabo por una multiplicidad de adultos, así como también, en los casos en los que uno de los progenitores haya fallecido, pero siga siendo considerado como tal por el menor⁸¹².

Analizadas las distintas situaciones familiares desde las que una familia reconstituida puede plantearse recurrir a la adopción del hijo o hija no común por parte del adulto afín y teniendo en cuenta los ejemplos de derecho comparado presentados, sería recomendable reconsiderar los efectos de la adopción en el ordenamiento jurídico español. Teniendo en cuenta la voluntad de todos los miembros de la familia, así como la interpretación del interés del adoptado que realice la autoridad judicial, debería preverse la posibilidad de mantener algunos vínculos familiares previos del adoptado.

La introducción de una adopción que no comportara necesariamente la extinción de vínculos previos sería una manera de poder reconocer plenamente la realidad de algunas familias reconstituidas. De esta manera, podrían reconocerse nuevos vínculos familiares generados a lo largo de la vida familiar (el desarrollado entre el hijo o hija y el adulto afín), sin renunciar a otros anteriores que pueden ser, además de

⁸⁰⁹ En tanto que la propuesta de adopción simple que contenía el informe comportaba una situación de multiparentalidad, el gobierno también acabó descartándola (*vid.* n. 3366 *supra*): Matcheld VONK y Geeske RUITENBERG, «We need to talk to Marthā», *Family & Law*, vol. 06, 2021, pp. 14-15.

⁸¹⁰ *Vid.* subapartado 4.1.2. del capítulo II *supra*.

⁸¹¹ GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, p. 70.

⁸¹² *Ibid.*, p. 71.

beneficiosos, parte de la identidad de la persona adoptada y que el derecho a conocer los propios orígenes no puede garantizar del todo (el mantenido entre el menor y su progenitor no residente).

En conclusión, en algunos casos, la adopción podría comportar que el adoptado tuviera más de dos progenitores legales, cuando este ya tuviera una doble filiación determinada y no se estimara conveniente extinguir ninguna. Así, la adopción que denomino «aditiva» podría dar lugar a una multiparentalidad en el ámbito de la filiación⁸¹³, pero también a que una persona mantuviera relaciones de parentesco en más de dos ramas familiares⁸¹⁴.

2. Las particularidades de la adopción en las familias reconstituidas

Como he avanzado, la adopción en las familias reconstituidas, sean cuales sean las características de estas, presenta importantes diferencias en relación con la adopción por parte de extraños de menores en situación de desamparo. Esta es, sin embargo, la que sirve de modelo general para la regulación de la adopción en el ordenamiento jurídico. Las particularidades de la adopción del hijo o hija de la pareja justificarían su regulación autónoma, tal y como se ha producido en los ordenamientos extranjeros analizados que han emprendido reformas o codificaciones recientes⁸¹⁵. En los siguientes subapartados, analizo estas diferencias en relación con la finalidad de la adopción, los requisitos para su constitución y la posibilidad de revocación.

⁸¹³ Un concepto que, si bien no está demasiado extendido en el derecho, no le es completamente ajeno como he tenido la oportunidad de exponer en el apartado 4 del capítulo II *supra*.

⁸¹⁴ Si, por ejemplo, se estima conveniente mantener el parentesco con los abuelos del progenitor sustituido, tal y como he apuntado en los subapartados anteriores.

⁸¹⁵ En palabras de BÉRIAIN Flores: «A pesar de la trascendencia y de las nuevas funciones llamadas a cumplir por la adopción, su regulación adolece de una serie de insuficiencias que la hacen deficiente para dar una respuesta a todas las situaciones derivadas de las nuevas realidades anteriormente descritas. La causa principalmente radica en el hecho de que la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja, salvo reglas muy concretas, no posee una regulación propia y diferenciada de la que corresponde a la adopción de un extraño»: *op. cit.*, p. 20.

2.1. La finalidad de la adopción

La adopción del hijo o hija de la pareja responde a una finalidad principal diferente de la de protección de la infancia, propia de la adopción «general» de menores en situación de riesgo o desamparo⁸¹⁶. Si bien esta finalidad está presente también en el supuesto particular de la adopción del hijo o hija de la pareja, principalmente la finalidad de esta es reflejar legalmente una realidad fáctica: la de la relación parental que ya se viene dando entre este y el adulto afín.

Dada esta finalidad, estrechamente ligada al hecho de que el menor no se encuentra desatendido por sus progenitores⁸¹⁷, la intervención de la administración pública es excepcionada en este supuesto de adopción⁸¹⁸. De esta manera, no se requiere declaración previa de situación de desamparo del menor (*cf.* art. 172 CC), ni propuesta de adopción (art. 235-38.1 CCCat), así como tampoco declaración de idoneidad en relación con el adoptante [arts. 176.2 CC y 235-38.2.a) CCCat]. En su defecto, es la autoridad judicial la encargada de valorar la idoneidad del adoptante (arts. 176.1 CC y 235-39 CCCat) y de interpretar el interés del adoptando en relación con la finalidad de la adopción de integración familiar del primero en la familia del adoptante.

Esta valoración judicial es especialmente importante en el contexto de las familias reconstituidas por varios motivos. Por un lado, puede ser que, a pesar de las importantes consecuencias que conlleva la adopción, los adultos afines pretendan acceder a ella simplemente como compromiso con la relación adulta y no de la relación vertical. Es decir, que accedan a ella únicamente con el objetivo de complacer un deseo de su pareja, pero no uno propio. Una actuación basada en dichos

⁸¹⁶ Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 225 y ss.

⁸¹⁷ Al menos, se encuentra debidamente cuidado por uno de ellos: el progenitor residente.

⁸¹⁸ Así lo prevén también los sistemas argentino (art. 632.d) CCCN) e italiano (art. 44.1 en relación con el art. 7.1, ambos de la L184/1983) que excepcionan la declaración de adoptabilidad en la adopción por integración y en la *adozione particolare*, respectivamente. Haciendo un paralelismo, en Francia, los supuestos de adopción del hijo o hija de la pareja permiten excepcionar la prohibición establecida para el resto de adopciones de adoptar a un menor de dos años sin necesidad de mediación de servicios sociales (348-4 CCF): Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 132.

motivos puede posteriormente conllevar importantes conflictos ante una eventual ruptura familiar tras la que se pretenda extinguir el vínculo de filiación⁸¹⁹. Teniendo esto en cuenta, la autoridad judicial debe comprobar que efectivamente se pretende la constitución legal de una relación de filiación entre adulto afín y menor que viene ya dándose *de facto*. Para ello, deben tenerse en cuenta diversas cuestiones, como por ejemplo la edad del adoptando, si socialmente el adulto afín es conocido como progenitor de este o la relación entre adoptando y progenitor no residente⁸²⁰. Es decir, la autoridad judicial debe verificar que, funcionalmente, el adulto afín ha venido actuando como un verdadero progenitor respecto del hijo o hija de su pareja⁸²¹.

Por otro lado, la autoridad judicial deberá valorar el impacto que la adopción provocaría respecto de los vínculos familiares previos. De esta manera, de acuerdo con la regulación actual, la autoridad judicial no solo debería constatar la existencia de una relación familiar entre adulto afín y menor equivalente a una de filiación, sino también la conveniencia de extinguir los vínculos con el progenitor no residente y su familia extensa⁸²². Precisamente la posibilidad de mantener ciertos vínculos tras la adopción que propongo permitiría que esta pudiera constituirse siempre que se verificara el primer extremo, teniendo en cuenta el segundo únicamente con el objetivo de determinar los efectos concretos. De esta manera, podrían reconocerse legalmente todas las relaciones de filiación existentes en la práctica, sin condicionarlas a que se haya producido paralelamente una desvinculación del menor con una parte de su familia anterior.

⁸¹⁹ Nina DETHLOFF, *op. cit.*, pp. 673-674.

⁸²⁰ Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁸²¹ Para LESTIENNE-SAUVÉ, el contenido de este control judicial en el ordenamiento jurídico francés se asemeja al concepto de *child of the family* del derecho inglés (*vid.* subapartado 5.2. del capítulo I): Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 506.

⁸²² Respecto de esta última, como ya he avanzado, no resulta así necesariamente en derecho catalán en los casos de muerte del progenitor no residente y siempre que exista trato familiar entre el adoptado y sus familiares.

2.2. Requisitos específicos

Esta diferente finalidad también supone cierta especificidad de los requisitos exigidos para la constitución de la adopción del hijo o hija de la pareja. En los siguientes subapartados, me centro en los relativos a la figura del adoptante y a la participación de los progenitores en el procedimiento de adopción.

2.2.1. Adoptante

a) Requisitos de edad

En primer lugar, el requisito de la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado de dieciséis años y máxima de cuarenta y cinco años del art. 175.1 CC es excepcionado. En consonancia con el art. 9.2 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores⁸²³, es una circunstancia frecuente en el conjunto de ordenamientos extranjeros seleccionados en relación con la adopción del hijo o hija de la pareja, ya sea con efectos simples o no. Así ocurre tanto en el art. 101.b) CFC, que excepciona la diferencia de edad mínima de dieciocho años y máxima de cincuenta para el caso de la adopción por integración como en el art. 599.II CCCN. El art. 370-1-1 CCF no elimina este requisito, si bien lo flexibiliza: la diferencia mínima de 15 años en los supuestos generales de adopción pasa a ser de 10 si el adoptante es la pareja del progenitor del adoptando (que, a su vez, pueden ser flexibilizados por la autoridad judicial si existen motivos justificados). El art. 235-30 CCCat, por el contrario, no excepciona el requisito de la diferencia de edad mínima de catorce años, pero sí el de la edad mínima de veinticinco años del adoptante. Edad, esta última, que el art. 175.1 CC mantiene inalterada para el caso del hijo o hija de la pareja⁸²⁴.

⁸²³ Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Ratificado por España en 2011, BOE núm. 167, de 13.07.2011.

⁸²⁴ Parte de la doctrina española considera que, de manera similar a como ocurre en la adopción conjunta, el adulto afín no tendría por qué tener la edad mínima de 25 años si su pareja, progenitor del adoptando, ya la tuviera: Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, «Artículo segundo. Diecinueve», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER

b) *Valoración judicial de idoneidad*

En segundo lugar, tampoco se requiere una propuesta previa por parte de la entidad administrativa competente en relación con el adoptante⁸²⁵. En estos casos, es la autoridad judicial quien, excepcionalmente, deberá valorar la idoneidad del adulto afín adoptante⁸²⁶. De acuerdo con el art. 176.3 CC: «Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción». Así, el adulto afín que desee adoptar al hijo o hija de su pareja no podrá estar privado de responsabilidad parental o tener su ejercicio suspendido respecto a un hijo propio, así como tampoco tener su guarda confiada a la entidad pública competente.

VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dirs.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coords.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 651-663, p. 653. La autora se muestra en contra de esta interpretación, de la que cita como partidario a Ignacio SERRANO GARCÍA en «La adopción de “hijo del consorte”», en María Paz GARCÍA RUBIO, (ed.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pp. 865-892. De manera similar, el art. 100 CFC también establece una edad mínima de 25 años para todos los tipos de adopción. Por el contrario, el art. 370-1 CCF prescinde, en relación con la adopción del hijo o hija de la pareja, del requisito de la edad mínima de 26 años fijado en el art. 343-1 CCF.

⁸²⁵ De acuerdo con los arts. 176.2.2° CC y 235-38.1 CCCat no es necesaria la propuesta previa de la entidad administrativa a favor del adoptante cuando este es la pareja del progenitor. Similarmente, en Francia no se requiere aprobación previa de la cualidad de adoptante en los casos de adopción del hijo de la pareja (370 CCF). En Argentina, el adulto afín adoptante no necesitará estar inscrito en el registro de adoptantes (art. 632 CCCN). Esta particularidad respecto a la adopción de menores de edad en situaciones de riesgo o desamparo no solo se encuentra plenamente justificada, sino que evidencia las diferentes finalidades de la adopción del hijo o hija de la pareja.

⁸²⁶ Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, «Artículo segundo. Veinte», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dirs.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coords.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 664-673, p. 670.

c) *Relación con el progenitor*

La cuestión más interesante, por ser menos pacífica, sin embargo, es la de determinar quién es exactamente el sujeto legitimado activamente para adoptar en los supuestos de adopción específica del hijo o hija de la pareja. En primer lugar, es constatable que el requisito de conyugalidad de la relación entre adulto afín y progenitor para acceder a la adopción se va viendo progresivamente superado⁸²⁷. Si bien el CC inicialmente reservó este tipo de adopción a las parejas casadas, la Ley 26/2015 modificó la redacción del art. 176.2 CC en lo que se refería a la posibilidad de la adopción del hijo del cónyuge para añadir «o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal», zanjando cualquier debate en relación a la posibilidad de acceso a este tipo de adopción por parte de parejas no casadas⁸²⁸. En derecho catalán, en cambio, esta posibilidad puede trazarse al art. 117 CF, que incluía a las parejas estables de diferente género. El actual art. 235-32 CCCat incluye en esta modalidad de adopción también a los hijos e hijas de la pareja estable.

⁸²⁷ En el caso *Emonet y otros c. Suiza*, STEDH (Sección 1ª) de 13 de marzo de 2008 (núm. de rec. 39051/03), el Tribunal consideró que la legislación suiza de la adopción vulneraba el art. 8 CEDH al extinguir el vínculo de filiación entre la menor y su madre cuando esta fue adoptada por su pareja no matrimonial. Sin embargo, el mismo tribunal avaló la exclusión de las parejas no casadas de la adopción simple francesa en el caso *Gas y Dubois c. Francia*, STEDH (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2012 (núm. de rec. 25951/07). En este, una pareja de mujeres que habían concebido a una hija mediante TRHA solicitaron la adopción simple de este por parte de la madre no gestante. Esta fue denegada por no estar la adoptante casada con la madre y no poder subsumirse en el supuesto de adopción del hijo o hija del cónyuge que no implicaba la pérdida de responsabilidades parentales por parte de la madre. En ese momento, el matrimonio entre parejas del mismo género no estaba permitido en el ordenamiento jurídico francés.

⁸²⁸ Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, «Artículo segundo. Veinte», *op. cit.*, p. 670. La particular redacción de la DA 3ª de la Ley 21/1987, que introdujo la posibilidad de que las parejas de hecho tuvieran la capacidad de adoptar *conjuntamente*, junto con la del art. 176.2 CC del momento, suscitó cierto debate respecto a la posibilidad de que las parejas de hecho pudieran acceder a la posibilidad de adoptar al hijo o hija de la pareja sin necesidad de obtener la propuesta administrativa previa.

El resto de ordenamientos analizados también han seguido similar tendencia de flexibilización⁸²⁹. La excepción a esta tendencia respecto a la conyugalidad, sin embargo, es claramente Italia. En este ordenamiento, la adopción, en general, está restringida únicamente a parejas casadas⁸³⁰ y la *adozione particolare* es el único instrumento posible para personas no casadas⁸³¹. El supuesto del art. 44.d) de esta ley (adopción en casos de imposibilidad de acogimiento preadoptivo) se ha convertido en un mecanismo para flexibilizar la prohibición de adopción por parte de las uniones civiles (de parejas del mismo género) contenida en el art. 1.20 de la *Legge di 20 maggio 2016, n. 76, di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*⁸³².

En segundo lugar, a propósito de la relación entre adulto afín adoptante y progenitor del adoptando, se plantea la cuestión de si sería posible la adopción tras la ruptura de dicha relación. El art. 175.5 CC prevé que, en los casos en que el adoptando se encuentra en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción, pueda llevarse a cabo la

⁸²⁹ El art. 630 CCCN admite que la adopción de integración sea tanto para el cónyuge del progenitor, como la pareja institucionalizada (arts. 509 y ss. CCCN) como no institucionalizada: Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 630», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 450-451, p. 451. El CCF, a partir de la reciente aprobación de la *LOI n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption*, se refiere a «*l'adoption simple de l'enfant de l'autre membre du couple*». Este miembro de la pareja puede ser, de acuerdo con el art. 370 CCF, tanto el cónyuge como la persona unida mediante *pacte civil de solidarité* (PACS; arts. 515-1 a 7 CCF) o el conviviente (*concubin*; art. 515-8 CCF). Por su parte, en Cuba, el art. 103 CFC admite la adopción por integración únicamente por parte del cónyuge o «pareja de hecho afectiva» que, de acuerdo con los arts. 306 y ss.

⁸³⁰ La adopción plena sólo puede llevarse a cabo por parejas casadas que han convivido al menos durante 3 años, si bien estos pueden haber sido previos al matrimonio (art. 6.1 L184/1983).

⁸³¹ Art. 44.3 L184/1983. Ahora bien, el supuesto específico de la adopción del hijo o hija de la pareja está previsto, en la letra b) del apartado 1 de dicho artículo, únicamente para adoptantes casados con el progenitor del adoptado. Por lo que los adultos afines no casados deben acudir a la cláusula residual de la letra d) del mismo apartado que sí que admite la adopción por parte de personas no casadas.

⁸³² *Vid.* Sentencia de la *Corte Suprema di Cassazione* núm. 12962, de 22 de mayo de 2016. Así, a través del desarrollo jurisprudencial, la letra d) del art. 44 L184/1983 se ha convertido en cláusula de apertura residual: Barbara POLISENO, *op. cit.*, pp. 106-107.

adopción conjunta por parte de una pareja disuelta. Para ello, el adoptando debería haber convivido con anterioridad con ambos miembros durante al menos dos años⁸³³. En relación con la adopción del hijo o hija de la pareja, sin embargo, se ha considerado que, de extinguirse la relación de pareja entre adoptante y progenitor del potencial adoptado, se pierde igualmente el presupuesto habilitante para este tipo de adopción privilegiada⁸³⁴. Este supuesto ha sido planteado judicialmente en Francia y ha sido denegado por los tribunales⁸³⁵. En Argentina, en cambio, a pesar de no preverse explícitamente esta posibilidad en el CCCN, diversas decisiones judiciales han permitido una adopción por integración por parte de la expareja del progenitor⁸³⁶.

⁸³³ En Cuba y Argentina se contemplan opciones similares. Por un lado, el art. 97.3 CFC permite continuar el procedimiento de adopción si, en el transcurso de este, se extingue la pareja que pretendía adoptar conjuntamente, siempre y cuando la adopción sea en beneficio del interés del menor. El art. 604 CCCN, en relación con la adopción en general, permite la adopción conjunta por parte de parejas divorciadas y separadas si hubiera habido posesión de estado del adoptando con anterioridad y la no constitución de la adopción pudiera perjudicar al menor.

⁸³⁴ Y, a efectos prácticos, para cualquier tipo de adopción en la mayor parte de los casos a no ser que el menor a adoptar tenga una sola filiación determinada o se encuentre desatendido por sus progenitores; «al haber sido disuelto el vínculo matrimonial que legitima la tramitación de la adopción como si de un supuesto de adopción del hijo del cónyuge se tratase, ésta deberá ser solicitada como una adopción genérica. Esto es, el ex-cónyuge tiene que solicitar la adopción a la entidad pública competente, obtener el informe favorable de idoneidad y esperar a que, en el procedimiento judicial de adopción, los padres del menor presten su asentimiento a la misma. En estos casos la situación familiar en la que se encuentra el menor con respecto a sus ascendientes en primer grado resulta decisiva. Ya que, tanto si la filiación es por naturaleza como si lo es por adopción, estando ambos “progenitores” o sólo uno de ellos determinado y en pleno ejercicio de sus obligaciones como padres, las posibilidades de plantear esta clase de adopción son nulas, ya que, al no tratarse de una adopción del hijo el cónyuge estaríamos ante el supuesto ordinario de adopción que conlleva la extinción de vínculos conforme al artículo 178. 1 del Código y, por tanto, aplicable a situaciones de desamparo»: Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 87.

⁸³⁵ Sentencia de la *Cour de cassation (Chambre civile)*, núm. 09-66.782, de 23 de junio de 2010. Recientemente, en el caso *C.E. y otros c. Francia*, STEDH (Sección 6ª) de 24 de marzo de 2022 (núm. de rec. 29775/18 y 29693/19), el TEDH ha considerado dentro del margen de apreciación de los Estados el no permitir la adopción del hijo o hija de la expareja ya que el ordenamiento jurídico francés cuenta con otros mecanismos que permiten garantizar la vida familiar (en particular, la delegación de la responsabilidad parental).

⁸³⁶ Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 632», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 453-454,

Dada la regulación existente, la tendencia internacional en la materia y las reflexiones vertidas hasta ahora en este trabajo respecto a la importancia del vínculo entre adulto afín y progenitor, no tendría sentido limitar el acceso a la adopción del hijo o hija de la pareja únicamente a adultos afines casados con el progenitor, sino que la inclusión de las parejas estables está totalmente justificada.

Por otro lado, tampoco resulta adecuado excluirla en todos los casos en que la relación entre adulto afín y progenitor se hubiera disuelto. Aunque pudieran ser supuestos marginales, algunos progenitores podrían igualmente dar su asentimiento a la adopción incluso tras la ruptura de la pareja⁸³⁷. La regulación, pues, podría estar abierta a dicha posibilidad, siempre que se verificara que ha existido y existe una verdadera relación parental con independencia de la relación entre adultos. Uno de los objetivos de las propuestas en este trabajo es que el legislador fomente la autonomía y la autocomposición familiar, lo que implica dar opciones también a familias menos frecuentes siempre que se salvaguarde y fomente el interés superior del menor.

d) *Otras «personas cercanas»*

Esta reflexión lleva a plantear la posibilidad de que pudiera adoptar con efectos aditivos cualquier persona cercana del menor⁸³⁸. Es decir, cualquier tercero con quien este tiene una relación parental, independientemente de que este adulto esté o haya estado en una relación sentimental con uno de los progenitores.

p. 454. Eduardo Guillermo ROVEDA y Carla F. ALONSO REINA, «Adopción. Disposiciones Generales», en Julio César RIVERA, Graciela MEDINA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2014, pp. 418-438, p. 436. Estos últimos citan un caso decidido sobre la normativa anterior al CCCN en el que se permitió la adopción por parte del exmarido de la madre con quien el hijo había seguido manteniendo una relación cercana tras la ruptura de los adultos: CNCiv., sala G, 22/10/2003, Sumario N° 16235, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 2/2005.

⁸³⁷ Por ejemplo, así era en el caso *C.E. y otros c. Francia* citado en la n. 8355 *supra*.

⁸³⁸ Cuestión que se ha ido planteando a lo largo del trabajo en relación con todas las propuestas: *vid.* subapartados 2.2.2. del capítulo III y 2.1. del capítulo IV *supra*.

En la línea de lo argumentado al respecto en los capítulos anteriores y teniendo en cuenta las diversas situaciones que pueden dar lugar a una multiparentalidad sobrevenida⁸³⁹, podrían establecerse requisitos para acceder a este tipo de adopción que estuvieran encaminados a garantizar la relación cercana con el menor, no así la relación de pareja con el progenitor.

De esta manera, un período de convivencia mínima previa sería indispensable. Este podría ser de al menos cinco años, un periodo suficiente para verificar la existencia de una relación y un compromiso parental. Adicionalmente, teniendo en cuenta la conjugación de los tres instrumentos propuestos en la globalidad del trabajo podría plantearse la posibilidad de exigir como requisito haber ostentado previamente las responsabilidades parentales⁸⁴⁰. En todo caso, podría tratarse de una circunstancia a valorar muy favorablemente por la autoridad judicial en relación con la idoneidad del adoptante y con la realización de la finalidad de la adopción (también en relación con la pareja del progenitor)⁸⁴¹.

e) Adopción por más de un adulto afín

Por último, es necesario plantearse la posibilidad de que el hijo o la hija fuera adoptada de manera aditiva por más de una persona. Si bien esta es una posibilidad no permitida más allá de la adopción conjunta en el ordenamiento español (arts. 175.4 CC y 235-30 CCCat), se trata de una cuestión a replantear en el contexto de las familias reconstituidas. En los casos en que ambos progenitores forman una, los adultos afines pueden desear constituir una relación de este tipo con el hijo o hija de su pareja.

Esta cuestión fue planteada en un caso francés de adopción simple de un mayor de edad por parte de la pareja de su padre, tras haber sido

⁸³⁹ *Vid.* apartado 4 del capítulo II.

⁸⁴⁰ *Vid.* capítulo IV *supra*.

⁸⁴¹ *Vid.* subapartado 2.1. *supra*.

adoptado previamente por la de su madre⁸⁴². Tanto el tribunal de instancia como el de apelación habían inicialmente acordado la constitución de la adopción por considerar inaplicable, por contraria a los arts. 8 y 14 CEDH en el caso concreto, la regla del art. 345-2 CCF (art. 346 CCF del momento). De acuerdo con esta norma nadie puede ser adoptado por más de una persona excepto si se trata de una adopción conjunta. Sin embargo, la *Cour de cassation* consideró que el art. 8 CEDH, por un lado, no garantiza un derecho a la adopción, especialmente en el caso de un mayor de edad en que la necesidad de reconocer jurídicamente un vínculo afectivo no es tan apremiante. Por otro, que la norma del art. 345-2 CCF entra dentro del margen de apreciación de los Estados, que pueden decidir configurar la adopción como un mecanismo para establecer un tipo de familia concreto e impedir la acumulación de adopciones por personas que no están unidas por una relación de pareja. En cuanto a la alegación de discriminación entre adultos afines, el tribunal la consideró infundada por no basarse en ninguna causa prohibida por el ordenamiento.

Cabría preguntarse si la decisión judicial hubiera sido diferente en caso de que el adoptando fuera menor de edad, pero, en todo caso, lo que la decisión francesa pone de manifiesto es que una regla como la contenida en nuestro art. 175.4 CC puede resultar potencialmente problemática de regularse la adopción aditiva para adultos afines. Aun cuando la razón de ser de esta norma puede seguir siendo válida especialmente en relación con adopciones plenas por parte de terceras personas⁸⁴³, esta podría no resultar tan adecuada en contextos de adopción del hijo o hija de la pareja. Haciendo un paralelismo con la posibilidad de desarrollar un vínculo parental con el adulto afín con independencia de si se mantiene otro o no con el progenitor residente, que el menor pueda desarrollar dos relaciones parentales con ambos adultos afines no debería de plano descartarse. Estos supuestos serían seguramente muy infrecuentes, si no prácticamente inexistentes, pero negar la posibilidad

⁸⁴² Decisión de la *Cour de cassation (Chambre civile 1)* núm. 09-16.527, de 12 de enero de 2011.

⁸⁴³ Es decir, en contextos de adopción por parte de no-familiares de menores en situación de riesgo o desamparo.

de reconocer jurídicamente esta situación tampoco parece justificado. En todo caso, para evitar una excesiva complejidad, sí que sería deseable fijar un máximo de cuatro posibles progenitores, tal y como propongo en relación con el ejercicio de las responsabilidades parentales⁸⁴⁴.

2.2.2. Participación de los progenitores

Una de las cuestiones más relevantes del procedimiento de constitución, especialmente en el supuesto de las familias reconstituidas, es la de la participación y posición del progenitor no residente en relación con la adopción de su hijo o hija por parte de un adulto afín. Tal y como la adopción del hijo o hija de la pareja está regulada en nuestro ordenamiento actualmente, este será el único progenitor cuyo vínculo de filiación con el menor quede extinguido. En consecuencia, el asentimiento del progenitor no residente es especialmente importante y puede devenir conflictivo.

Aunque en un régimen de adopción aditiva como el que propongo, esta extinción no tendría por qué producirse, debería seguir manteniéndose la exigencia del asentimiento de todos los progenitores. Como en el régimen del capítulo anterior, para este tipo de adopción, debe también partirse de la base del acuerdo de voluntades de todos los progenitores involucrados en la crianza del menor⁸⁴⁵. Al fin y al cabo, incluso en los

⁸⁴⁴ También algunas de las regulaciones o propuestas de la multiparentalidad vistas en el capítulo II. Por ejemplo, los acuerdos reproductivos de Ontario o los propuestos por el Comité de Países Bajos.

⁸⁴⁵ De la misma manera, la propuesta que realizaba el comité de Países Bajos en relación con la adopción simple se basaba en el acuerdo de todas las partes y consentimiento de los progenitores. Únicamente en casos de menores en acogimiento, hubiera sido posible permitir la excepción de dicho consentimiento: GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, pp. 71-72. También los ordenamientos extranjeros analizados son bastante restrictivos en relación con la posibilidad de acordar la adopción con efectos simples sin el asentimiento del progenitor de origen. En Francia, de acuerdo con el art. 348-7 CCF, el progenitor se debe haber desentendido previamente del menor y su negativa lo debe estar poniendo en riesgo. En Italia, la autoridad judicial no puede desoír la negativa de un progenitor que ostenta la responsabilidad parental y la de aquel que ha estado privado de ella solo puede ser ignorada si resulta es injustificada y contraria al interés del menor (art. 46 L184/1983): Barbara POLISENO, *op. cit.*, p. 105. Alessandra CORDIANO, *op. cit.*, p. 406.

casos en los que se mantuviera el vínculo, los efectos de esta adopción se traducirían en bien la transferencia de la responsabilidad parental al adoptante o en una situación de multiparentalidad también en el terreno de estas⁸⁴⁶; siendo su voluntad en ambas situaciones decisiva.

2.3. Irrevocabilidad y extinción

La especificidad de la adopción del hijo o hija de la pareja y la vinculación de su posibilidad a la existencia de una relación de pareja entre adoptante y progenitor pueden plantear la cuestión sobre la admisión de su revocación⁸⁴⁷. A día de hoy, esta no es una opción posible en el ordenamiento jurídico español, en el que la adopción se configura como completamente irrevocable dada la indisponibilidad del estado civil (art. 180.1 CC)⁸⁴⁸.

Ahora bien, el art. 180.2 CC prevé la posibilidad de extinguir la adopción. Esta puede ser instada únicamente por los progenitores que, sin mediar culpa suya, no hubieran intervenido en el procedimiento de constitución, porque no se pudo conocer su domicilio o paradero (*vid.* art. 38.3 LJV) o porque se encontraran imposibilitados para prestar su asentimiento en ese momento⁸⁴⁹. Esta acción tiene un plazo de caducidad de dos años desde la resolución de constitución de la adopción. Ante la negativa del progenitor que debió haber asentido, la autoridad judicial deberá extinguir la adopción a no ser que esto cause un grave perjuicio para el menor. En otros supuestos y sin someterla a este estricto plazo, la jurisprudencia también ha admitido la posibilidad

⁸⁴⁶ *Vid.* subapartado 4.3. *infra*.

⁸⁴⁷ En un tono ácido y utilizando un argumento de bola de nieve, se pronunciaba CARRASCO PERERA sobre la incidencia que la legalización del matrimonio entre personas del mismo género y la flexibilización del divorcio tendrían, según él, respecto de la adopción del hijo del cónyuge: «en atención a la esperada aceleración de la circulación de cónyuges en sucesión...» esta adopción debería considerarse revocable. El autor, finalizaba su nota de la siguiente manera: «Dejen los niños cuando salgan»; Ángel CARRASCO PERERA, «Los “Flecos” del nuevo Paradigma matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 696, 2005.

⁸⁴⁸ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 741.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 743.

de declarar la nulidad de algunas adopciones⁸⁵⁰. Así fue, por ejemplo, en el caso de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 776/1999, de 21 septiembre, MP: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (ECLI:ES:TS:1999:5672) en el que la madre otorgó su consentimiento a la adopción antes de que hubieran transcurrido 30 días desde el parto.

En relación con la adopción con efectos simples del derecho comparado, todos los ordenamientos analizados con excepción del cubano admiten la revocación de este tipo de adopción. Así ocurre en el ordenamiento argentino, incluso en relación con la de integración con efectos plenos (arts. 629 y 633 CCCN)⁸⁵¹. La revocación puede producirse (a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en el art. 2281 CCCN, (b) por petición justificada del adoptado mayor de edad⁸⁵² o (c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

Por el contrario, el mero acuerdo entre adoptante y adoptado es insuficiente para acordar la revocación de la adopción simple en el derecho francés⁸⁵³. Esta solo puede ser revocada judicialmente de existir «motivos graves» que deben ser apreciados restrictivamente⁸⁵⁴. Puede solicitarse la revocación si una de las partes da muestras de indignidad sucesoria (arts. 726 y 727 CCF), si el adoptante incumple gravemente sus deberes derivados de la responsabilidad parental o si se demuestra que los intereses del adoptado no fueron suficientemente protegidos,

⁸⁵⁰ La resolución judicial de estos escasos supuestos no ha demostrado una gran precisión técnica respecto a la calificación de la acción ejercitada y la determinación de la vía procedimental correspondiente: *Ibid.*, p. 746.

⁸⁵¹ Algo que no deja de llamar la atención por incoherente en relación con la adopción plena en general y que viene a rebajar el compromiso filiatorio del adulto afín incluso cuando adopta de manera plena.

⁸⁵² Que debe entenderse como la acreditación de la imposibilidad de cumplimiento de la finalidad del vínculo Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 629», en Gustavo CARAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 448-450, p. 449.

⁸⁵³ Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, 6a, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, p. 441.

⁸⁵⁴ La adopción plena, por el contrario, es irrevocable (art. 359 CCF).

habiendo sido la adopción una mera transacción patrimonial⁸⁵⁵. La solicitud de revocación es solo posible una vez el adoptando es mayor de edad, si bien, cuando es menor el *ministère public* está legitimado para solicitarla.

De manera similar, en Italia se permite la revocación judicial de la *adozione particolare* tras verificarse la concurrencia de alguna de las causas previstas legalmente en los arts. 51 a 53 L184/1983; así como también de la adopción de mayores de edad, de acuerdo con los arts. 305 y ss. CCI. En ambos casos, la revocación sólo puede solicitarse si una de las partes de la adopción ha atentado contra la vida de la otra o sus familiares, o si ha sido declarado culpable de un delito grave contra los mismos⁸⁵⁶. La revocación únicamente puede ser solicitada por adoptante o adoptado, si bien se permite la acción por el *pubblico ministero* cuando el adoptado es menor de edad.

La posibilidad de revocación de la adopción simple en Francia ha sido duramente criticada, por considerarla incoherente con el interés de la persona adoptada y con la dimensión filial de la adopción⁸⁵⁷. Comparto plenamente el rechazo a la revocabilidad de la adopción: la relación de filiación derivada de esta debe recibir el mismo tratamiento que la filiación por naturaleza, también en relación a su posibilidad de finalización. Así, en casos en que las circunstancias familiares lo requirieran, deberían aplicarse los mecanismos de protección del menor en relación con la suspensión o la privación de responsabilidades

⁸⁵⁵ Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 441. Los motivos, además de graves deben ser sobrevenidos tras la adopción. Por ejemplo, en el caso de la sentencia de la *Cour de Cassation* núm. 19-13.419, de 13 de mayo de 2020 (ECLI:FR:CCASS:2020:C100297), el tribunal anuló la revocación de la adopción que se había basado en una enfermedad mental del adoptante que ya era conocida y manifiesta en el momento de la adopción.

⁸⁵⁶ En el caso de la *adozione particolare*, para que se pueda apreciar la causa de revocación respecto del adoptado, este debía tener al menos 14 años al realizar las acciones punibles (art. 51 L184/1983).

⁸⁵⁷ Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 113. En el mismo informe se ponía de manifiesto, de manera crítica, que una propuesta anterior de eliminación de esta posibilidad fue rechazada precisamente para permitir que la adopción simple pudiera ser revocada por parte del adulto afín que posteriormente se separa del progenitor.

parentales⁸⁵⁸, pero no debería admitirse una disolución voluntaria del vínculo de filiación.

3. Adopción de mayores de edad

Si bien todo el trabajo se ha centrado en la relación afín mantenida con un menor de edad, la consideración de la adopción como manera de institucionalizarla obliga a contemplar también su posibilidad respecto de mayores de edad⁸⁵⁹. La adopción del mayor de edad permite equiparar la relación afín a una de filiación, con efectos esencialmente simbólicos y patrimoniales en una etapa posterior de la vida, permitiendo que la minoría de edad sirva como periodo de consolidación de tal relación⁸⁶⁰.

En el ordenamiento jurídico español, la adopción de mayores de edad se configura como una posibilidad excepcional en el art. 175.2 CC⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ En particular, cuando un progenitor adoptivo incurra en causa de privación de responsabilidades parentales, se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 179 CC.

⁸⁵⁹ Refiriéndose a esta posibilidad en derecho español, GARCÍA CANTERO la describe como una adopción que no mira tanto hacia el futuro del adoptando, sino hacia su pasado ya que consolida una situación fáctica que se ha venido dando: Gabriel GARCÍA CANTERO, «La adopción de mayores de edad», *Actualidad civil*, vol. 4, 1998, pp. 993-1007, p. 999. Un carácter que encaja muy bien con el supuesto de las familias reconstituidas. En este sentido, en el caso de Francia, la mayor parte de adopciones simples en la actualidad son de mayores de edad en familias reconstituidas u homoparentales: Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 101. Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 503. En España, también parece ser este el supuesto mayoritario para este tipo de adopción: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 676. Recientemente, el diario *El País* se hacía eco de este tipo de adopciones y de su especial relevancia para las familias reconstituidas en España, a pesar de la falta de datos disponibles: Andrés GARVI CARVAJAL, «Adopción de mayores de edad: Cuando el hijo adoptivo tiene 37 años», *El País*, 24.02.2023, https://elpais.com/economia/2023/02/24/mis_derechos/1677230815_070759.html (f.c.: 16.04.2023).

⁸⁶⁰ La posibilidad de adoptar al hijo afín mayor de edad le proporciona tiempo a la relación afín de consolidarse, sin necesidad de precipitarse: Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 505.

⁸⁶¹ Esto es así desde la reforma del CC operada por la Ley 21/1987, en cuya tramitación se planteó incluso la eliminación de esta posibilidad. Refiriéndose a la regulación anterior de la adopción, su Preámbulo consideraba «la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad» un inconveniente. Aun así, finalmente, se decidió incluir esta posibilidad argumentando su especial conveniencia

Para constituir una adopción de este tipo, el Código civil requiere que, inmediatamente con anterioridad a la mayoría de edad, haya existido convivencia estable con el adoptante (o situación de acogimiento) de al menos un año. El art. 235-33 CCCat, por su parte, requiere que el adoptando haya convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido los catorce años y que haya continuado viviendo sin interrupción⁸⁶².

3.1. Relación parental y sustitución

En la aplicación de ambas regulaciones, las Audiencias Provinciales han ido haciendo una interpretación amplia del requisito de la convivencia, flexibilizando las exigencias de que esta sea ininterrumpida o de su necesaria continuación más allá de la mayoría de edad⁸⁶³. En cambio,

en casos de adopción de adultos con alguna discapacidad: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, n. 115. En el derecho comparado, también es posible adoptar a mayores de edad. De acuerdo con el art. 344.4º CCF, mediante la adopción simple es posible adoptar a personas de cualquier edad, mientras que la plena solo es posible respecto de personas de 15 años o menos (art. 345 CCF). En Argentina, la adopción de mayores de edad es posible, si bien únicamente en el supuesto de la adopción del hijo o hija de la pareja cuando hubiera existido, además «posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada» (art. 597 CCCN). En Italia, la adopción de mayores de edad es posible con base en la regulación originaria de la adopción del CCI (arts. 291 y ss.). Esta siempre tiene efectos simples (art. 300 CCI) y sólo se permite ser adoptante a personas de más de 35 años (o 30 si se dan circunstancias excepcionales) y con una diferencia de edad mínima con el adoptando de 18 años (art. 291 CCI). En Cuba, por el contrario, no es posible adoptar a una persona mayor de edad en ningún caso (art. 98 CFC).

⁸⁶² Este precepto regula la adopción de mayores de edad de una manera similar a como lo hacía el artículo 175.2 CC con anterioridad a la reforma de la Ley 26/2015, cuya redacción era la siguiente: «Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorces años». Mientras que la vigente es ligeramente diferente: «Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año».

⁸⁶³ La AP de La Rioja, por ejemplo, citando numerosas resoluciones de diferentes Audiencias, opta por una interpretación amplia en su Auto núm. 62/2020, de 8 julio [ECLI:ES:APLO:2020:408A]: «debe darse una interpretación amplia del precepto y, en concreto, de la convivencia ininterrumpida, que, aplicada al presente caso, debe apreciarse que ha existido. De esta manera, acuerda la adopción centrándose en el

han puesto el énfasis en el requisito de la estabilidad y en el hecho que esta convivencia sea equiparable a la que se da en una relación parental o en un régimen de tutela o guarda de hecho⁸⁶⁴. Así la describe, por ejemplo, el AAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 124/2012, de 4 de junio de 2012⁸⁶⁵: «durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose así un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando». La misma Audiencia incluso ha llegado a considerar cumplido el requisito de la convivencia cuando durante la minoría de edad del adoptado, adulto afín y progenitor se hubieran divorciado si la relación pseudo parental se mantuvo⁸⁶⁶.

hecho de que existió «una convivencia en el tiempo, incluso antes de la mayoría de edad visto este conjunto documental, que revela esa clara intención de mantener ese vínculo familiar entre adoptantes y adoptando». En relación con el requisito de que la convivencia sea ininterrumpida, especialmente una vez el adoptando ha alcanzado la mayoría de edad, la AP de Barcelona también se muestra flexible, por ejemplo, en su sentencia de 23 de noviembre de 2020: «Por ello bastará la convivencia ininterrumpida desde antes de haber cumplido los 14 años de edad y hasta la mayoría de edad para que se entienda que concurren los presupuestos legales para constituir la adopción, no siendo exigible una convivencia posterior máxime si tenemos en consideración que la adopción se refleja muy gráficamente en el antiguo brocardo “*adoptio imitatur naturam*”, lo que significa que la adopción en estos casos no viene más que a constituir jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad con la plena integración familiar, con la convivencia del adoptante que, durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando y aun cuando este dejará de convivir con el adoptante tras la mayoría de edad, pues a semejanza de lo que ocurre con la filiación biológica a la mayoría de edad del hijo le sigue su independencia y creación del propio núcleo familiar sin que ello signifique ni comporte la ruptura con aquél del que proviene, pues los lazos familiares se mantienen y se prolongan incluso sin la convivencia diaria. No parecería razonable que aquello que no se exige a la filiación biológica, que los hijos continúen conviviendo con los padres tras la mayoría de edad y la independencia económica, se exija a la filiación adoptiva».

⁸⁶⁴ Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 64; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, «Artículo segundo. Diecinueve», *op. cit.*, p. 657.

⁸⁶⁵ ECLI:ES:APB:2012:5521A. Nótese tanto esta resolución como la siguiente citada, de la misma Audiencia, resolvieron sus respectivos casos de acuerdo con las normas del *Codi de Família* catalán vigente en el momento. Sin embargo, la regla del 117.2º CF respecto de la adopción de los mayores de edad era idéntica a la contenida en el art. 175.2 CC con anterioridad a la reforma operada por la Ley 26/2015.

⁸⁶⁶ Así lo expresa en el AAP Barcelona núm. 247/2011, de 22 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:8802A): «Se ha acreditado que la convivencia del adoptando con el adoptante se cumplió entre los 4 y los 11 años de edad de aquel, mientras el hoy

Ahora bien, en algunas ocasiones, el requisito de la convivencia estable se ha entendido incumplido si, además de una relación con el adoptante, el adoptando había seguido manteniendo algún tipo de relación con su progenitor de origen o la familia de este⁸⁶⁷. Es el caso, por ejemplo, de la SAP Madrid (Sección 22ª) núm. 424/2005, de 7 de junio de 2005⁸⁶⁸ en el que el tribunal denegó la adopción por parte del adulto afín a la hija mayor de edad de su cónyuge porque esta había mantenido contacto regular con su padre hasta los trece años de edad y este había sufragado parte de sus gastos alimenticios. De manera similar, la misma Audiencia se pronuncia en su Auto núm. 379/2009, de 15 diciembre⁸⁶⁹: «Pero, como viene manteniendo esta Sala, no ha de bastar, en orden a la constitución de dicho vínculo, la concurrencia de tales requisitos, siendo preciso además que tal status de prolongada cohabitación en el tiempo vaya acompañada de la ruptura fáctica de los vínculos del adoptando con sus progenitores, o progenitor, biológicos, en tal modo que, durante dicho dilatado lapso temporal, aquél haya quedado integrado, a todos los efectos salvo su sanción legal, en el entorno familiar del solicitante de la adopción, existiendo una quiebra fáctica de la relaciones básicas con su familia de origen»⁸⁷⁰.

De esta manera, para constituir la adopción de un mayor de edad, parte de la jurisprudencia española requiere no solo que el adoptante hubiera sido un progenitor funcional durante la minoría de edad del adoptado, sino que, además, se hubiera producido un proceso de sustitución de la familia de origen por el adoptante. BARBER CÁRCAMO considera que,

recurrente convivió con la madre de Juan Ignacio. Tras la separación de la pareja, el hoy recurrente y Juan Ignacio mantuvieron relación, análoga a una relación paterno-filial, mediante un régimen de visitas frecuente, de fines de semanas alternos y períodos vacacionales, asumiendo el Sr. Sixto el pago de unos alimentos voluntarios, que no obligatorios, pues no existía presupuesto legal que a ello le obligara».

⁸⁶⁷ Especialmente por la AP Madrid, como se señala en Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 677.

⁸⁶⁸ ECLI:ES:APM:2005:6753.

⁸⁶⁹ ECLI:ES:APM:2009:17562A.

⁸⁷⁰ En el caso, la madre biológica del adoptando había declarado que «aunque la relación de padre e hijo es escasa, no es mala, ..., que durante los dos últimos años aquéllos se veían dos días en Navidad y una semana, aproximadamente, en verano, manteniendo además contactos telefónicos periódicos» (FJ 2).

ausente la finalidad protectora en este tipo de adopciones, la única que subsiste, la de integración en la familia del adoptante, sólo puede darse si paralelamente se produce una ruptura de facto con la familia del progenitor no residente⁸⁷¹. Es cierto que, en adopciones con efectos plenos, esta es una manera de tener en cuenta los intereses, también, del progenitor no residente. Este último puede haber mantenido una relación con el hijo o hija e incluso haber atendido sus gastos alimenticios durante su mayoría de edad. En este sentido, requerir una sustitución de facto tiene sentido para constituir una adopción como la que actualmente regula el derecho español que produce siempre una sustitución de derecho.

En cambio, en la adopción aditiva que se propone, resultaría inadecuado requerir esta sustitución. En este sentido, no comparto la opinión según la cual únicamente puede darse una integración familiar si media sustitución. Aunque pueda ser infrecuente, es perfectamente posible que se produzca una integración familiar en relación con el adulto afín sin que se trunquen todos los vínculos con el progenitor no residente. Por este motivo, cada familia merece una valoración casuística de sus circunstancias y los criterios de aplicación de la ley no deberían prejuzgar la posibilidad o no de que se produzca una adición de vínculos en lugar de una sustitución. En definitiva, en la adopción de mayores de edad con efectos aditivos, la interpretación del requisito de convivencia estable debería centrarse en la relación entre adoptante y adoptando, considerando, al menos *a priori*, irrelevante la relación con el progenitor de origen y si se ha producido o no una sustitución.

Ahora bien, en la adopción de mayores de edad puede resultar un tanto más difícil la constatación de la existencia de una parentalidad funcional. Es en este sentido que en derecho español se exige una convivencia previa durante la minoría de edad. En derecho francés, donde la adopción de mayores de edad es una posibilidad extendida, existe una desarrollada jurisprudencia respecto al cumplimiento o no de la finalidad de la adopción también en estos supuestos. De acuerdo con el

⁸⁷¹ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 676.

art. 353-1 CCF, la autoridad judicial debe además evaluar el impacto, tanto afectivo como patrimonial, que la adopción comportaría en la familia del adoptante con el objetivo de asegurar que esta no perjudique su vida familiar si este cuenta con descendientes⁸⁷². Esta compleja evaluación no comporta considerar automáticamente la adopción un perjuicio en la vida familiar del adoptante cuando este tiene ya otros descendientes. Tampoco debe excluirse cualquier adopción que responda en parte a un interés patrimonial, sino que debe asegurarse que existe relación una parental entre las partes y que la finalidad de la adopción no es únicamente patrimonial o sucesoria: «*[L]’intérêt patrimonial existait donc certainement, mais l’arrêt a établi qu’il existait des liens familiaux réels entre le demandeur à l’adoption et ses belles-filles et que l’adoption permettait de concrétiser ‘le lien d’affection paternel et filial’*»⁸⁷³.

En este sentido, teniendo en cuenta la posibilidad propuesta en el capítulo anterior de que el adulto afín obtenga responsabilidades parentales durante la minoría de edad del hijo o la hija de su pareja, el ejercicio de estas podría configurarse como requisito para *a posteriori* poder constituir la adopción del hijo o hija mayor de edad. Este requisito podría ser una manera de objetivar la existencia de esta relación parental durante la minoría de edad que, junto con el análisis de la situación familiar del momento de solicitud de la adopción, permitiera constatar que la adopción estaría sirviendo a su verdadera finalidad y no únicamente a un interés patrimonial.

⁸⁷² Entiéndase expectativas sucesorias de estos últimos respecto de la sucesión de su progenitor que decide adoptar a otra persona. Se trataría, pues, de un vestigio de la prohibición de adoptar para personas con descendientes de la regulación originaria del CCF (*vid.* subapartado 2.2.2. *supra*).

⁸⁷³ Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 505. La autora cita el caso de la Decisión de la *Cour d’appel* de Aix-en-Provence (Sala civil 1) núm. 07/01527, de 29 de mayo de 2008, en el que un hombre que tenía una hija pretendía adoptar a las dos hijas de su esposa. En este mismo sentido, *vid.*, también, Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 436.

3.2. Participación del progenitor no residente

Por otro lado, la adopción de mayores de edad es un supuesto en el que no es formalmente necesario el asentimiento por parte del progenitor no residente⁸⁷⁴. A pesar de que es la relación de filiación la que es extinguida mediante la adopción, algunas Audiencias Provinciales han considerado que, en tanto que el progenitor ya no ostenta responsabilidad parental sobre su hijo mayor de edad, solo será necesaria su audiencia⁸⁷⁵. Aun así, algunas voces consideran que la posibilidad de acordar la adopción de una persona mayor de edad con oposición de un progenitor debería ser aplicada restrictivamente dado que la existencia de una relación de filiación es independiente de la edad del hijo o hija⁸⁷⁶.

Ahora bien, el mantenimiento del vínculo de origen que podría comportar la adopción aditiva sí que permitiría afirmar con más garantías la innecesaridad del asentimiento de los progenitores en los supuestos de adopción de mayores de edad. Si bien este deberá ser oído y las razones en las que funda su negativa pueden ser útiles a la autoridad judicial, su negativa, en sí misma, no debería suponer la frustración de la adopción. En estos casos, el progenitor que se opone a la adopción no tendría por qué ver, tras la adopción aditiva de su hijo o hija, afectada su posición como progenitor. Siendo el adoptado mayor de edad, las

⁸⁷⁴ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 694.

⁸⁷⁵ Así, por ejemplo, es explícito el art. 235-43 CCC que exige el trámite de audiencia de los progenitores en los casos de adopción de mayores de edad: AAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 326/2021, de 22 octubre (ECLI:ES:APB:2021:10337A).

⁸⁷⁶ *Vid.*, en este sentido, la interpretación jurisprudencial restrictiva del requisito de convivencia estable durante la minoría de edad para la adopción de mayores de edad expuesta en el subapartado 4.2.2. *supra*. En una línea similar se pronuncia BARBER CÁRCAMO: «Creo obvio que la *voluntas legis* (y también la *voluntas legislatoris*) se hallaba lejos de contemplar la adopción de mayores de edad como modo de adecuar la filiación a la propia voluntad, en contra incluso de la de uno de los progenitores. El principio de verdad biológica en que se basa la filiación por naturaleza y la reiterada finalidad institucional de la adopción no permiten concluir algo distinto»: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, pp. 677-678. En este sentido, *vid.* también Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 268 y ss.

responsabilidades parentales, y por ende su papel en la crianza del hijo o la hija, ya no se ven afectados por la adición.

Sin embargo, la adición de un progenitor podrá tener, en algunos casos, efectos patrimoniales en materia de alimentos y en la sucesión del hijo o la hija. En el primer ámbito, un nuevo acreedor puede reducir la capacidad económica del hijo o hija que eventualmente pueda convertirse en deudor de alimentos de todos sus progenitores. Si bien esto puede ser un inconveniente, especialmente para el hijo o la hija deudor por haber de hacer frente a un número mayor de posibles reclamaciones, no puede decirse que se esté infringiendo un derecho subjetivo del progenitor acreedor. En materia sucesoria, puede suceder algo similar en relación con el número de legitimarios del hijo o la hija si este fallece sin descendientes ni cónyuge. Especialmente en una legítima como la castellana, todos los progenitores deberán negociar, pero tampoco puede decirse que los derechos del progenitor anterior se vean vulnerados. En definitiva, siendo el adoptando mayor de edad y los efectos de la adopción aditivos, que no extintivos, los intereses legítimos del progenitor de origen no deberían subyugar los del hijo o hija en ver reconocida legalmente su relación parental de facto.

4. Multiparentalidad tras una adopción: efectos

A pesar de sus diferencias, en los supuestos planteados en los apartados previos, extinguir la relación de filiación con el progenitor no residente puede no resultar beneficioso para el interés superior del adoptado hijo o hija de pareja, quien vería, como mínimo, una parte de su identidad e historia borrada. La propuesta de adopción aditiva del hijo o hija de la pareja pretende ser una contribución más para, evitando lo que puede ser considerado un efecto no deseado por muchas familias, adaptar la institución de la adopción a las necesidades sociales. Por supuesto, la previsión de esta posibilidad no comporta un alegato de que la adopción aditiva y la multiparentalidad en materia de filiación sea la solución más adecuada para una mayoría de familias; sino más bien una defensa de la ampliación de opciones con las que pueden contar las familias, siempre bajo el control judicial correspondiente.

En cualquier caso, si se pretende ampliar el número de progenitores posible, se deberá estar a las consecuencias que esta adición tendría en relación con los efectos de la filiación. Esta, de acuerdo con los arts. 110 y 143.2 CC, impone obligaciones de cuidado y de prestación de alimentos, confiere responsabilidades parentales al adoptante sobre el adoptado y establece derechos sucesorios recíprocos. Así pues, la filiación derivada de la adopción aditiva comportará también tales efectos. En los siguientes subapartados analizo algunas particularidades que la multiparentalidad en relación con la filiación comportaría en estos ámbitos, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el tratamiento que los ordenamientos extranjeros estudiados dan a semejantes cuestiones.

4.1. Una verdadera relación de filiación

Como he ido adelantando, la consecuencia principal de la adopción del hijo o hija de la pareja es la adición de un vínculo de filiación (entre adoptado y adoptante) a uno ya existente (el mantenido con el progenitor residente). En la propuesta de reforma que propongo, la adición podría ser no únicamente a uno, sino a los dos vínculos ya existentes, excluyendo el efecto extintivo de los vínculos previos característico de la adopción (art. 178.1 CC).

La adopción simple es seguramente el instrumento que ha sido parte del ordenamiento jurídico español que más se asemeja a tal propuesta⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ En los ordenamientos presentados que cuentan con un tipo de adopción con efectos simples, esta produce la adición de un vínculo de filiación a todos aquellos que el adoptado tuviera previamente determinados. En el ordenamiento jurídico francés, la adopción simple procura una filiación aditiva a la original, es decir, la persona adoptada conserva sus derechos respecto de su familia original (art. 360 CCF). En el ordenamiento jurídico italiano, la persona adoptada de manera «especial» conserva todos los derechos y obligaciones respecto a su familia de origen (art. 300.1 CCI). En el ordenamiento jurídico argentino, en relación con la adopción simple, el art. 627.a) CCCN establece que «como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción». El CCCN contiene un modelo flexible, en el que es la autoridad judicial la competente de decidir si constituir una adopción simple o plena en función de las circunstancias del caso, de acuerdo con el art. 621 CCCN: «El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño». En el CFC, como se ha avanzado, la regla general es la de la adopción plena y la biparentalidad, si bien se

Ahora bien, tal y como se ha expuesto, históricamente, en nuestro ordenamiento el adoptado de forma simple no obtenía el mismo estatuto de hijo que el adoptado de forma plena o el hijo cuya filiación se determina según las normas relativas a la filiación por naturaleza. Es más, durante gran parte su regulación este tipo de adopción se asemejó funcionalmente más a una institución de guarda que no a una forma de filiación⁸⁷⁸. Cuando se le reconoció al adoptado en forma simple la condición de hijo del adoptante, la regulación establecía un vínculo únicamente entre adoptado y adoptante; otorgando al primero un *status filii* y negándole cualquier vínculo con la familia extensa del segundo, es decir, un *status familiae*.

Los ordenamientos jurídicos extranjeros analizados, a excepción del cubano, también mantienen cierta diferenciación en el contenido de la filiación en función del carácter «simple» o «pleno» de la adopción que se constituya. Así, por ejemplo, el art. 558 CCCN es explícito al equiparar únicamente la adopción plena a la filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida. En el derecho argentino la adopción simple no extingue los vínculos de origen, pero, a su vez, sólo crea vínculo familiar entre adoptado y adoptante, no así con el resto de la familia del último (arts. 620 y 535 CCCN). Ahora bien, de acuerdo con el art. 621 CCCN, en cualquier tipo de adopción, la autoridad judicial puede determinar el mantenimiento o la extensión concreta de ciertos vínculos familiares, pudiendo dar lugar así a «adopciones simples más plenas» o «adopciones plenas menos plenas»⁸⁷⁹. En el supuesto

establece la subsistencia de vínculos en la adopción como una posibilidad excepcional (art. 95 CFC). Ahora bien, el art. 107 CFC sí que establece que en el caso en que el progenitor no residente hubiera fallecido, la regla general es la del mantenimiento de vínculos con su familia extensa.

⁸⁷⁸ Ariadna AGUILERA RULL y Albert LAMARCA MARQUÉS, «Adopción simple y derechos sucesorios», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, María Paz GARCÍA RUBIO, Margarita HERRERO OVIEDO, (eds.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Las Rozas, La Ley, 2014, pp. 43-73, p. 47.

⁸⁷⁹ Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 621», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 428-431, p. 430. El art. 621 dispone así: «[c]uando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la

particular de la adopción por integración, el vínculo con el progenitor residente siempre se mantiene y, si no existe un segundo vínculo de filiación, el CCCN ordena la constitución de una adopción plena (art. 630 CCCN). En cambio, de haber un segundo progenitor, no se prevé un efecto concreto para la adopción, sino que se deberá estar a lo que disponga la autoridad judicial en función de las circunstancias del caso.

Sin embargo, a pesar de que se acuerde una flexibilización de los efectos simples o plenos de una adopción, el art. 621 CCCN dispone que esto no modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales⁸⁸⁰. Es decir, el mantenimiento o extensión de vínculos, tanto en supuestos de «adopciones menos plenas» o de adopciones simples tiene un carácter simbólico y no conlleva efectos de derecho familia relevantes. En los primeros casos, el adoptado no mantiene derechos sucesorios en su familia de origen, sino únicamente un derecho de comunicación y los impedimentos matrimoniales correspondientes⁸⁸¹. En los casos de adopción simple, los vínculos que pueden crearse con la familia extensa del adoptante no llevan aparejados derechos sucesorios ni alimentarios⁸⁸².

De manera similar, en el CCF, si bien la adopción simple genera una relación de filiación entre adoptante y adoptado⁸⁸³, el alcance del parentesco derivado de esta filiación es una cuestión controvertida⁸⁸⁴. Por un lado, como se verá a lo largo de los siguientes subapartados, los arts. 364 y 365 CCF introducen especificidades en cuanto al derecho-

adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple».

⁸⁸⁰ Para un análisis de estos efectos, *vid.* los subapartados siguientes.

⁸⁸¹ Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 621», *op. cit.*, p. 431. Además de un derecho subsidiario de alimentos exigible a sus progenitores (art. 627.c), *vid.* subapartado 5.2. *infra*).

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ Esta relación es la «esencia» de la adopción: Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 439.

⁸⁸⁴ Irène THÉRY y Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 116. No lo es, sin embargo, en relación con los descendientes del adoptado, sobre quienes sí se extiende el parentesco derivado de la adopción simple (art. 361 CCF).

obligación de alimentos y a los derechos sucesorios del adoptado en relación con la familia extensa del adoptante. Por otro, el art. 361 CCF introduce ciertas prohibiciones de matrimonio entre adoptado y familiares del adoptante y viceversa. Esta explicitación, a pesar de denotar una voluntad de integración del adoptado en la familia del adoptante, parece dar a entender que no se establece formalmente parentesco en relación con la familia extensa⁸⁸⁵. La adopción simple, además, no comporta efectos automáticos respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa (art. 21 CCF).

La falta de un *status familiae* para el adoptado de forma simple es precisamente el modelo que se sigue implementando en la adopción de mayores de edad del CCI y también, hasta hace bien poco, la *adozione particolare* de menores de la L184/1983⁸⁸⁶. De acuerdo con el art. 55.2 L184/1983, por remisión al art. 300.2 CCI, la *adozione particolare* no establecía una relación familiar entre el adoptante y la familia del adoptado y viceversa. Este precepto, sin embargo, fue declarado inconstitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional Italiano núm. 79/2022 de 28 de marzo, en un caso que no es propiamente de adopción aditiva, sino de adopción del hijo de la pareja en un supuesto de gestación subrogada⁸⁸⁷. El Tribunal consideró la exclusión del *status familiae* en la *adozione particolare* contraria al principio de igualdad (arts. 3

⁸⁸⁵ Al no entenderse aplicables a la adopción simple los impedimentos matrimoniales generales de los arts. 161-163 CCF.

⁸⁸⁶ A diferencia de la adopción plena de menores, mediante la que se rompe el vínculo con la familia anterior (art. 27 L184/1983): Ugo SALANITRO, «Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica», *Attualità Giuridica Iberoamericana*, vol. 16bis, 2022, pp. 1524-1553, p. 1527.

⁸⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano núm. 79 de 2022. El caso que da lugar a la sentencia versa sobre la filiación de una menor nacida mediante gestación subrogada, llevada a cabo en el extranjero y comisionada por una pareja de hombres italianos miembros de una unión civil. La paternidad de la menor sólo estaba determinada respecto del padre biológico, por lo que el padre intencional solicitó la adopción de la menor en virtud del art. 44.1.d) L184/1983 (casos en los que es imposible el acogimiento preadoptivo). El tribunal de menores de Emilia Romagna accedió a la adopción, pero consideró estar imposibilitado por ley de (art. 55 L184/1983 que remite al 300.2 CCI) para establecer un *status familiae* entre adoptante y adoptado, a pesar de la equiparación de todos los tipos de filiaciones del art. 74 CCI. Por esta razón, planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional italiano.

CI), al de protección de los menores (art. 31 CI) y al derecho a la vida privada y familiar (art. 117 CI, en relación con el art. 8 CEDH). Especialmente teniendo en cuenta el principio de igualdad en la filiación del art. 74 CCI, el tribunal consideró que esta exclusión constituía una discriminación no justificada⁸⁸⁸. Tras esta decisión, la filiación que se constituye mediante la *adozione particolare* es indistinguible de la natural, en tanto que se extiende a toda la familia del adoptante; a la vez que se mantienen todos los vínculos anteriores del adoptando, posibilitando que un menor cuente con más de dos progenitores⁸⁸⁹. La discriminación que supone no otorgar un *status familiae* en el caso italiano es especialmente clara si tenemos en cuenta que la *adozione particolare* es la única vía con la que cuentan algunas familias de poder determinar una segunda filiación respecto de sus hijos e hijas (particularmente, las familias formadas por parejas del mismo género), si bien este argumento no figuraba explícitamente entre los esgrimidos por el Tribunal. Así, mediante este tipo de adopción podía establecerse únicamente una filiación «de segunda» a la que se abocaba, sin más alternativa, a los hijos e hijas en familias LGTBIQ+⁸⁹⁰.

Sin embargo, este no es el caso en España, en el que las parejas del mismo género cuentan con las mismas posibilidades, desde el punto de vista civil al menos, de acceso a la adopción. Así como también, en el caso de las parejas de mujeres, a otras vías de reconocimiento de una segunda maternidad⁸⁹¹. El Tribunal Constitucional español, cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los efectos de la adopción

⁸⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano núm. 79/2022, pár. 8.2.

⁸⁸⁹ Al tratarse de una decisión judicial, quedan muchas incoherencias en el sistema por resolver. Entre ellas, el régimen revocatorio de la adopción, más amplio que el relativo a la adopción plena; algunas excepciones en derecho sucesorio (*vid.* subapartado 4.4.2 *infra*); o la exclusión del usufructo legal de los bienes del menor con el que sí cuentan los progenitores naturales. Para una exposición de estas incoherencias, *vid.* Nicola CHIRICALLO, *op. cit.*

⁸⁹⁰ En todo caso, en Italia, la primera aplicación de la *adozione particolare* con estos efectos ha sido en el contexto de una familia reconstituida en la que existe un progenitor no residente. La *Corte Suprema di Cassazione* ha considerado que contar con un padre adoptivo (y toda su familia extensa) y con un padre biológico redundaba en el interés superior de la menor: Decisión de la *Corte Suprema di Cassazione* (civ., sez. I, ord.) núm. 10989, de 5 de abril de 2022.

⁸⁹¹ *Vid.* art. 7.3 LTRHA y art. 44.5 LRC.

simple, lo ha hecho para confirmar la constitucionalidad de la no equiparación de efectos entre estos y los derivados de la adopción plena.

En su sentencia núm. 33/1983, de 4 mayo, el Tribunal consideró que los regímenes de la adopción simple y la plena eran distintos y producían efectos desiguales para los adoptados (siendo de mayor entidad los de la adopción plena), lo que justificaba que ambas figuras no fueran equiparables en el sentido del art. 14 CE⁸⁹². En decisiones posteriores, el Tribunal ha hecho un esfuerzo por clarificar la compatibilidad de este criterio con la exigencia de equiparación de los efectos de la filiación natural y la derivada de la adopción (plena). Por ejemplo, en el voto particular concurrente a la STC 46/1999, de 22 de marzo⁸⁹³ del Magistrado Manuel Jiménez de Parga, este hace referencia a la supresión de la adopción simple de la siguiente manera: «[s]olo con una referencia expresa a este cambio es comprensible, además, que quince años atrás (STC 33/1983) este Tribunal Constitucional sostuviese que una modalidad de adopción no era equiparable a la filiación por naturaleza o biológica».

Ahora bien, ¿sería deseable o incluso constitucionalmente posible que este la adopción aditiva comportara una filiación con «efectos simples» en el sentido expuesto⁸⁹⁴? En cuanto a la constitucionalidad de esta posibilidad, todo indicaría a una respuesta afirmativa, siempre que el legislador diferenciara lo suficiente los efectos de este nuevo tipo de adopción a los derivados de la plena o de la filiación por naturaleza⁸⁹⁵.

⁸⁹² ECLI:ES:TC:1983:33. En el caso, el TC confirmó la denegación de la pensión de orfandad a dos adoptados en forma simple por no constituir esta una clase de filiación equiparable a la filiación natural, a diferencia de la adopción plena.

⁸⁹³ ECLI:ES:TC:1999:46. En este caso, el TC consideró inconstitucional el requisito que establecía el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1987 para acceder a la pensión de orfandad por parte de los hijos adoptados (que el adoptante hubiera sobrevivido al menos dos años desde la fecha de la adopción). La jurisprudencia del TC sobre equiparación de la filiación adoptiva a la natural es seguida por STC 200/2001, de 4 de octubre ECLI:ES:TC:2001:200.

⁸⁹⁴ Es decir, sin extinción de vínculos previos, pero con la adición de una nueva filiación con efectos y/o alcance limitado.

⁸⁹⁵ Tal y como se ha avanzado, el Tribunal Constitucional ha considerado que es constitucionalmente admisible la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferentes para la adopción, refiriéndose a la distinción que anteriormente existía en nuestro

ordenamiento entre adopción simple y adopción plena (STC 33/1983). Es decir, el legislador podría crear una institución llamada adopción que, como ocurría en relación a la adopción simple, no estableciera una verdadera relación de filiación y, por ende, darle diferente tratamiento jurídico. Ahora bien, si la relación que se establece tras la adopción es de filiación, los efectos de ambas filiaciones (la adoptiva y la «natural») deben ser equiparados por exigencia del art. 14 CE (STC 200/2001). Esto último, que el art. 14 CE imponga el mismo tratamiento a la filiación por naturaleza que a la adoptiva, ha sido criticado en la doctrina: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La igualdad al revés», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, 2002; Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «La filiación adoptiva», *op. cit.*, p. 636. La crítica, que no se opone a la decisión legislativa de la equiparación, rechaza, sin embargo, que esta sea una exigencia constitucional. La razón que se esgrime es que la filiación por naturaleza y la adoptiva no son realidades extrajurídicas comparables, por lo que constitucionalmente no debería exigirse su idéntico trato. En este mismo sentido se expresaba, José Antonio PIQUERAS BAUTISTA con anterioridad a la STS 200/2001 [«La igualdad en el Código civil», en A.A. V.V., (ed.), *El principio de igualdad en la Constitución española (XI Jornadas de Estudio) vol. II*, Madrid, Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1991, pp. 1643-1694, pp. 685-686]: «la adopción es una figura artificial, creada por el legislador y (...) por lo tanto no está necesariamente vinculada a la naturaleza humana, como acontece con la filiación natural. Por ello lo mismo que el legislador puede establecer la adopción, puede suprimirla del ordenamiento, si estima que hay razones sociales, económicas o de otro tipo que así lo aconsejen. Aplicando el principio “quien puede lo más puede lo menos”, cabe asimismo que decida restringir los efectos de la adopción, atribuyendo a los hijos adoptivos distintos derechos que a los hijos por naturaleza, sin que por ello se viole el principio de igualdad, habida cuenta que en una y otra filiación concurren circunstancias muy diferentes que justifican la diferencia del trato». Sin ánimo de entrar exhaustiva ni profundamente en la cuestión, sí que me parece oportuno señalar la oportunidad de replantearse los términos de este debate para intentar evitar concepciones demasiado biologicistas de la relación de filiación en un contexto como el actual. Es cierto que las realidades extrajurídicas que corresponden a la filiación por naturaleza y a la adoptiva son diferentes, especialmente en los casos de adopción de extraños en los que la adopción tiene una función fundamentalmente tuitiva del menor. Sin embargo, quizás no lo sean tanto en aquellos casos en los que la adopción se erige como vía de determinación de la filiación basada en la voluntad, como en el caso de la del hijo o hija de la pareja. En cualquier caso, las diferencias justifican la diversidad de medios de determinación (como por ejemplo ocurre en relación con la impugnación de la filiación derivada de TRHA), pero no, en mi opinión, la posibilidad constitucional de otorgar efectos diferentes a la filiación en función de si esta se basa en el elemento genético/biológico o en la voluntad. Escoger qué realidades extrajurídicas comportan una relación de filiación es una decisión de política legislativa en todos los casos, no únicamente en el de la adopción. Es decir, que «[m]ientras la procreación es un dato puramente “natural”, la filiación y el parentesco son nociones jurídicas»: Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, «La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 423-448, p. 428. O que, «mientras que la reproducción es un hecho de la naturaleza, la filiación es un acto cultural: se puede obviamente pertenecer a una familia por vínculos biológicos pero la

Respecto a la conveniencia de establecer una relación entre adoptado y adoptante diferente a la de filiación por naturaleza, esta resulta mucho más discutible. Es cierto que, si se considera que avanzar hacia la desagregación del estatus parental es deseable, esta opción puede resultar, al menos a priori, interesante⁸⁹⁶. Sin embargo, por un lado, debe tenerse en cuenta que el objetivo de la desagregación ya se pretende realizar mediante la posibilidad de optar por regímenes diferentes en el conjunto de la propuesta del trabajo: el de las pequeñas responsabilidades y el de las responsabilidades parentales, además del

institucionalización de dichos vínculos constituye una convención y no la simple inscripción de un hecho natural. El Derecho no precisa a la naturaleza para producir vínculos familiares»: Daniel BORRILLO, «Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 39, 2011, pp. 27-51, p. 43. De esta manera, considero que debería empezar a desterrarse la idea de que el establecimiento de una relación de filiación con base a la correspondencia biológica es más *natural* que con base en la voluntad. En este sentido, me parece oportuno traer a colación la siguiente reflexión de Katharine K. BAKER citando la obra de Martha NUSSBAUM [«The Future of Feminist Liberalism», en Eva FEDER KITTAY, Ellen K. FEDER, (eds.), *The Subject of Care: Feminist Perspectives on Dependency*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002, pp. 186-206, p. 199.]: «[o]ne of the greatest dangers of the DNA default is that it treats parenthood as a “natural” relationship. It helps hide the inherently political nature of assigning parentage to certain individuals. As Martha Nussbaum notes “the name ‘family’ is a legal and political matter, never one to be decided simply by the parties themselves ... [I]t is the state that says what this thing is and controls how one becomes a member of it”»: Katharine K. BAKER, «The DNA Default and its Discontents: Establishing Modern Parenthood», *Boston University Law Reviv*, vol. 96, 2016, pp. 2037-2091, p. 2039. En todo caso, cuestión distinta sería que un mecanismo que se denominara adopción comportara unos efectos diferentes a una relación de filiación –por ejemplo, la atribución de responsabilidades parentales al adoptante–; en esos supuestos, tal y como apunta VERDERA SERVER [«Adopción y principio de igualdad», *Derecho privado y Constitución*, vol. 13, 1999, pp. 297-378, p. 340.], no existiría exigencia constitucional de equiparar *esa* adopción a la filiación. Sin embargo, si los efectos que se derivan de la adopción son fundamentalmente los de la filiación, esta no puede ser tratada de manera diferente, en cuanto a sus efectos, al resto de mecanismos que establecen también una relación de filiación. En definitiva, si atendemos a la función que el ordenamiento jurídico otorga a la relación de filiación, la base extrajurídica en la que se basa su determinación debería ser irrelevante a efectos de garantizar una igualdad de sus efectos.

⁸⁹⁶ En este sentido, una adopción con estos efectos o la posibilidad de pactarlos podría permitir que quien deseara limitar los efectos más trascendentales de la relación de filiación, especialmente por lo que hace a su alcance en la familia extensa del adoptante, pudiera acudir a esta figura y reconocer así la relación con el hijo o hija de su pareja; algo que de otra manera quizás no haría. Es decir, un sistema flexible puede ser visto como una buena manera de adaptarse a los intereses particulares de las diversas familias que deciden recurrir a este instrumento para reconocer jurídicamente sus vínculos.

de la filiación aditiva. Este último, pues, sería el «último» paso que supondría la adquisición del estatuto completo de progenitor; estando el espacio de grises entre serlo y no serlo ya ocupado por las dos opciones anteriores. Por otro lado, dado el sistema de filiación en el ordenamiento jurídico español⁸⁹⁷, no resultaría oportuno, ni estaría justificado, proponer estos efectos limitados, o su posibilidad, únicamente en sede de filiación adoptiva aditiva.

Ahora bien, es cierto que, aunque se estableciera por el legislador como una clase de filiación, la adopción con efectos simples tendría como consecuencia el establecimiento de una filiación *adicional* a las ya existentes. Así, la persona adoptada de forma simple podría resultar situada en una posición un tanto diferente a las personas que sólo cuentan con dos filiaciones determinadas. Esto, podría argumentarse, justificaría una diferencia de trato en sede de efectos de la filiación. Al fin y al cabo, el hijo o hija en concreto ya tendría determinadas dos filiaciones con sus correspondientes efectos al completo, por lo que, si la tercera fuera más limitada, no se vería perjudicado en relación con el resto de personas que únicamente tienen dos determinadas. O, incluso yendo más allá, podría argumentarse que otorgando completos efectos a esta tercera filiación se estaría colocando en una posición de desventaja a aquellas personas que únicamente tienen dos filiaciones determinadas.

Sin embargo, la comparación no debería hacerse entre personas que tienen dos o tres filiaciones determinadas, sino entre las propias relaciones de filiación que una misma persona tiene. Es decir, ¿por qué la relación de una persona con un adulto afín a quien considera un progenitor debería verse abocada a unos efectos limitados únicamente porque ya cuenta con dos filiaciones determinadas? Si bien en nuestro ordenamiento aún impera el dogma de la biparentalidad, la monoparentalidad ha ido abriéndose camino a pesar de este y a día de hoy es frecuente y plenamente aceptable que una persona tenga únicamente una filiación determinada. Es decir, tener una única filiación

⁸⁹⁷ Ya no en relación con los medios de determinación, tal y como me refería en el subapartado anterior, sino en cuanto a la regulación de sus efectos.

se considera no solo plenamente aceptable sino también suficiente. Y, aun así, en estos supuestos, es perfectamente posible establecer una segunda relación de filiación sin plantear la cuestión de limitar los efectos de esta segunda *adicional*. De la misma manera, en el ámbito civil, tampoco ha preocupado el hecho de la existencia de personas con una doble filiación pueda situar a aquellas que únicamente tienen una en una posición de desventaja⁸⁹⁸. Así, vemos que el derecho no tiene en cuenta, en mi opinión acertadamente, el número de filiaciones que una persona tiene determinadas para establecer efectos en el ámbito civil.

En todo caso, si se considerara que podría ser conveniente dejar a la voluntad de las propias familias la posibilidad de acordar limitaciones de efectos, esto debería emprenderse dentro de una reforma global de la filiación en el ordenamiento jurídico español⁸⁹⁹. De lo contrario, previéndolo únicamente en relación con la tercera filiación en una adopción aditiva, se estaría señalando a esta como un tipo de filiación diferente, restándole valor y rozando su estigmatización, lo que, a su vez, erosionaría la idea de una verdadera multiparentalidad.

⁸⁹⁸ Las diferentes situaciones de estas familias sí que se han apreciado y atendido en otros ámbitos del derecho. Es destacable en el ámbito social y de la Seguridad Social la controversia respecto al disfrute por los progenitores en una familia monoparental del doble permiso por maternidad/paternidad (art. 48.4 ET) y su prestación asociada (arts. 177 a 180 TRLGSS) como si de una familia biparental se tratara. Si bien algunos Tribunales Superiores de Justicia habían reconocido esta posibilidad [*vid.*, por ejemplo, las SSTSJ País Vasco, Sala de lo Social, núm. 1217/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:TSJPV:2020:396) y Catalunya, Sala de lo Social, núm. 6389/2022, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2022:9227), recientemente el TS zanjó la discusión en un sentido negativo. A pesar de reconocer la necesaria protección de esta tipología familiar en lo que hace a la conciliación, consideró que reconocer doble prestación sería una extralimitación del poder judicial: «el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España [...] no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales», STS (Sala de lo Social, Sección Pleno) núm. 169/2023, de 2 de marzo, MP: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer (ECLI:ES:TS:2023:783), FFJJ 3 y 4.

⁸⁹⁹ En su estudio de derecho comparado, WILLEMS y SOSSON destacan que es frecuente que los cambios en la adopción en un ordenamiento jurídico provoquen cierta reevaluación del resto de formas de filiación: Geoffrey WILLEMS y Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 858.

Teniendo todo esto en cuenta, la presente propuesta de adopción aditiva se aleja en este sentido del concepto de adopción simple tradicional⁹⁰⁰. Su particularidad radicaría, pues, no en el establecimiento una filiación *ad hoc*, «simple»; sino en la adición y multiplicidad de vínculos de filiación equivalentes en cuanto a sus efectos. Esta es precisamente la opción por la que aboga el CFC, que plantea que la adopción por integración pueda dar lugar a multiparentalidad⁹⁰¹. En este sentido, no se cuestiona el establecimiento o no de vínculos en relación con la familia extensa del adoptante⁹⁰², ni el contenido de la relación de filiación que se constituye mediante la adopción, que es completa y totalmente indistinguible de la operada mediante cualquier otro tipo de filiación, de acuerdo con el principio de igualdad filiatoria (art. 48 CFC).

4.2. Alimentos

Otra de las principales consecuencias de constituir una relación de filiación entre adoptante y adoptado es la de establecer una obligación recíproca de alimentos entre ambos⁹⁰³. La regulación que hacía de la adopción simple el Código civil de 1889 establecía que el deber recíproco de alimentos que se debían adoptado y adoptante era supeditado al derecho preferente «de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante» (art. 176 CC 1889). Aun descartando el carácter «subordinado» de la filiación creada mediante la adopción, los efectos aditivos que propongo en este capítulo y la multiparentalidad que de ellos podría derivarse comportarían ciertas consecuencias en relación con esta obligación. Por un lado, al ampliarse el número de progenitores también se ampliaría el número de deudores de alimentos del hijo o hija a un mismo nivel. Por el otro, este hijo o hija, al tener más

⁹⁰⁰ De aquí, por ejemplo, el rechazo de la nomenclatura y su cambio.

⁹⁰¹ Nótese que en este Código tampoco se utiliza el adjetivo «simple» para referirse a la adopción, ni a sus efectos.

⁹⁰² Sino que es el mantenimiento del vínculo de origen lo que se considera excepcional (arts. 94 y 95 CFC).

⁹⁰³ Sobre las diferencias entre las obligaciones de alimentos entre parientes y las obligaciones debidas a los hijos menores, *vid.* subapartado 3.2. del capítulo anterior.

de dos progenitores, vería como el número de potenciales acreedores de alimentos en un futuro aumenta.

En relación con la primera cuestión, los únicos ordenamientos extranjeros analizados que se pronuncian explícitamente son el francés y el argentino. En ambos, la adopción con efectos simples genera una obligación recíproca de alimentos entre adoptante y adoptado⁹⁰⁴. Sin embargo, este último solo mantiene un derecho subsidiario de alimentos respecto de sus progenitores de origen [arts. 627.c) CCCN y 364 CCF, respectivamente]⁹⁰⁵. Es decir, el adoptante pasa a ser el responsable principal de su alimentación, mientras que los progenitores anteriores simplemente mantienen una obligación subsidiaria. Además, la nueva obligación se establece únicamente entre adoptante y adoptado, no insertándose este último en el sistema familiar del adoptante en materia de alimentos⁹⁰⁶. Esta opción de configurar la obligación de alimentar de los progenitores de origen como subsidiaria la de los progenitores adoptivos es coherente si se tiene en cuenta que, en ambos ordenamientos, el progenitor no residente pierde la titularidad de la responsabilidad parental sobre el menor adoptado, por lo que el adoptante pasa a erigirse como responsable principal de la manutención del hijo o hija⁹⁰⁷. En un sistema como el que se propone, en el que no tendría por qué darse necesariamente esta sustitución en materia de responsabilidades parentales, la configuración del deber de los

⁹⁰⁴ En relación con Argentina, se señala que se trata de una consecuencia de la transferencia de las responsabilidades parentales: Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 627», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 443-447, p. 446.

⁹⁰⁵ En derecho francés, se ha admitido jurisprudencialmente que esta contribución subsidiaria pueda ser parcial, suplementaria de la incapacidad económica del adoptante en la sentencia de la *Cour de cassation*, núm. 09-12.456, de 14 de abril de 2010.

⁹⁰⁶ En relación con el ordenamiento francés, *vid.* Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 440. La opción legislativa es diferente en materia sucesoria; *vid.* subapartado 4.4. más abajo. En el derecho argentino, como ya se ha avanzado, el art. 620 CCCN dispone que la adopción simple únicamente produce efectos entre adoptante y adoptado, por lo que únicamente el primero y no el resto de su familia extensa, se insertará en una relación recíproca de alimentos con el segundo.

⁹⁰⁷ Junto al progenitor-pareja, que mantiene tanto su vínculo de filiación, como la titularidad de la responsabilidad parental.

progenitores de origen como subsidiaria no estaría justificada⁹⁰⁸. De esta manera, la propuesta del Comité de Países Bajos, que permitía la multiparentalidad también respecto las responsabilidades parentales, establecía un derecho de alimentos del adoptado frente a cuatro posibles progenitores⁹⁰⁹.

Precisamente este mismo Comité señalaba los inconvenientes que esta opción planteaba en relación a la segunda cuestión que se ha apuntado en materia de alimentos: la de las obligaciones de un hijo o hija con más de dos progenitores. La reciprocidad de la obligación de alimentos podría provocar resultados desproporcionados para el adoptado, que vería aumentado el número de potenciales alimentistas a los que atender⁹¹⁰. Esta es sin duda una de las cuestiones más problemáticas de la multiparentalidad en sociedades, como la española, con una baja tasa de natalidad y un elevado envejecimiento, en las que la multiparentalidad con frecuencia ampliará el número de progenitores, pero no el de hijos e hijas. Ahora bien, la cuantía de la prestación concreta de alimentos que un deudor deberá prestar viene dada también por la capacidad económica de este, para cuya valoración debe tenerse en cuenta el número de posibles deudores alimentarios adicionales. De esta manera, en la legislación civil existen mecanismos que pretenden evitar esta sobrecarga, sin perjuicio de que el envejecimiento de la población y la dependencia de la tercera edad sea una cuestión que merezca un tratamiento social más amplio que el puro ámbito privado y familiar.

4.3. Titularidad y ejercicio de las responsabilidades parentales

Como he adelantado, uno de los principales efectos de la filiación es la atribución al progenitor de responsabilidades parentales sobre el hijo o

⁹⁰⁸ Especialmente si tenemos en cuenta la configuración del deber de alimentar como derivado de la filiación en nuestro ordenamiento. En este sentido, *vid.* subapartado 3.2. del capítulo anterior.

⁹⁰⁹ Matcheld VONK y Geeske RUITENBERG, *op. cit.*, p. 9.

⁹¹⁰ GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, pp. 119-120.

la hija. En la actualidad, la relación de filiación que se establece al constituir la adopción comporta necesariamente la atribución de responsabilidades parentales al nuevo progenitor. La extinción del vínculo de filiación con el progenitor de origen comporta, simétricamente, la extinción también de las responsabilidades parentales de este. La adopción aditiva no tendría por qué comportar la extinción de ningún vínculo de origen, por lo que urge preguntarse por la titularidad y el ejercicio de dichas responsabilidades respecto al adoptado menor de edad: ¿se estaría necesariamente ante una situación de multiparentalidad en materia de responsabilidades parentales como la descrita en el capítulo anterior?

De acuerdo con la regulación originaria de la adopción simple en el CC, esta producía *ope legis* la atribución de la «patria potestad» sobre el adoptado al adoptante. Paralelamente, los progenitores de origen veían la suya extinguida (art. 177 CC 1889). En los ordenamientos extranjeros analizados que cuentan con una forma simple de adopción, como se ha visto, esta establece una relación de filiación entre adoptante y adoptado. De esta manera, la obtención de responsabilidades parentales por parte del adoptante es uno de los efectos principales cuando se adopta a un menor de edad. A la vez, aunque se mantienen los vínculos de filiación de origen, las responsabilidades parentales de al menos uno de estos progenitores se suspenden en favor del adoptante, es decir, se transfieren. En los casos de adopción del hijo o hija de la pareja, el progenitor residente sí que mantiene las responsabilidades parentales sobre su hijo o hija, pero no así el no residente que pese a continuar siendo progenitor, no ostentará responsabilidades parentales⁹¹¹. En

⁹¹¹ En Argentina, la adopción simple transfiere titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental al adoptante, mientras que la familia de origen conserva un derecho de contacto [art. 627.a) y b) CCCN]. Ahora bien, en caso de que se trate de una adopción de integración, el progenitor residente mantiene la responsabilidad parental y la ejerce conjuntamente con el adulto afín, ahora progenitor [art. 699.e) CCCN]. La situación es similar en Francia donde, de acuerdo con el art. 362 CCF, sólo el adoptante pasa a tener responsabilidad parental sobre el adoptado menor de edad, mientras que los progenitores anteriores pueden solicitar el establecimiento de un derecho de relaciones: Philippe MALAURIE y Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 441. Únicamente en supuestos de adopción del hijo o hija de la pareja puede solicitarse que la titularidad y ejercicio de las responsabilidades parentales sobre el menor sean

definitiva, el progenitor no residente pierde el ejercicio de las responsabilidades parentales, por lo que no puede haber multiparentalidad en su ejercicio (*multiparenting*) como consecuencia de una adopción simple, a pesar de causarla en relación con la filiación (*multiparenthood*).

En la propuesta general de este trabajo, en la que precisamente se propone que las responsabilidades parentales puedan ser ejercidas por más de dos personas simultáneamente⁹¹², no tendría sentido forzar de nuevo el binomio al constituir una adopción aditiva. Así pues, debería ser posible el ejercicio múltiple de la responsabilidad parental tras una adopción aditiva. En la línea de la propuesta del capítulo anterior, el procedimiento judicial de adopción podría dedicarse también a supervisar el acuerdo de todas las partes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales⁹¹³.

Ahora bien, no siempre esta multiparentalidad en relación con la titularidad y ejercicio de las responsabilidades parentales va a ser deseada por la familia o beneficiosa para el menor. Como apuntaba en el apartado 1 *supra*, en los casos en que el progenitor no residente no se encuentra implicado en la vida del menor, pero sigue constituyendo una

otorgadas y ejercidas por ambos miembros de la pareja (art. 370-1-8): *Ibid.*, p. 439. En Cuba no se especifica este extremo, que se da por hecho en tanto que la adopción de integración sólo es viable cuando el otro progenitor hubiera fallecido o hubiera estado privado de responsabilidad parental (art. 103 CFC). *Vid.* apartado 4.2.3. *supra*. En Italia, el art. 48 L184/1983 no hace ninguna mención explícita a la responsabilidad parental del progenitor cuando establece que esta será ejercida por el adoptante. Ahora bien, debe entenderse que esta asunción por parte del adoptante comporta la pérdida por parte del progenitor no residente. En este sentido, el art. 50 de la misma ley establece que, si con posterioridad a la adopción, se priva de responsabilidad parental al adoptante, una opción es que la recuperen los progenitores. Sin embargo, debe apuntarse que el adoptante *particolare*, a diferencia de un progenitor por naturaleza, no obtiene el usufructo sobre los bienes del menor (art. 48 L184/1983). Esta es otra de las incoherencias que señala CHIRICHALLO; *vid.* n. 889 *supra*.

⁹¹² *Vid.* capítulo anterior, en especial, el apartado 4.

⁹¹³ *Vid.*, en este sentido, el subapartado 2.2.3 del capítulo anterior. La propuesta del Comité de Países Bajos era similar: en la adopción simple, era la autoridad judicial quien debía decidir sobre la titularidad y ejercicio de responsabilidades parentales respecto del menor adoptado: GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *op. cit.*, p. 71.

figura parental de referencia para este, la adopción aditiva también podría comportar que la responsabilidad parental del progenitor no residente fuera transferida al adoptante, produciéndose una sustitución únicamente respecto de las responsabilidades parentales, pero no así de la filiación. Es decir, la multiparentalidad en materia de filiación no tendría que ir necesariamente acompañada de multiparentalidad en el ejercicio de responsabilidades parentales, sino que el progenitor no residente podría ser un mero titular pasivo de responsabilidades parentales⁹¹⁴. Permitir esta desagregación mediante la adopción aditiva sería una manera de garantizar una mayor protección del menor, pero también el conocimiento y reconocimiento de sus orígenes en sentido amplio⁹¹⁵.

Por otro lado, en estos supuestos y especialmente en los que el progenitor no residente sí que es sustituido como tal por la adopción, pero no así su familia extensa, cobra especial importancia la consideración de los abuelos y otros parientes como allegados o personas próximas del menor⁹¹⁶.

4.4. Sucesiones

Uno de los principales efectos que conlleva la relación de filiación y que motiva muchas adopciones del hijo o hija de la pareja es el del

⁹¹⁴ *Vid.* n. 5866 *supra*. En este sentido, es interesante el trabajo de FERRER RIBA sobre la posibilidad de establecer en derecho español una limitación de los efectos de la filiación en un sistema no causal, no sancionador, sino simplemente basado en el interés superior del menor. Aunque la propuesta es planteada en relación con la pugna entre los valores de verdad biológica y estabilidad familiar en el contexto de las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad, puede ser extrapolable a contextos de familias reconstituidas en las que existe un progenitor social funcional (el adulto afín) y un progenitor no residente no funcional que, por cuestiones de identidad del hijo, es conveniente seguir manteniendo a un nivel formal o limitado: Josep FERRER RIBA, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 297-327.

⁹¹⁵ la adopción simple como manera de garantizar el *parentage*, *vid.* Andrew BAINHAM, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility...», *op. cit.*, p. 40.

⁹¹⁶ Arts. 160.2 CC y 236-4.2 CCCat. En este sentido, *vid.* el subapartado 4.2.1. del capítulo I y el 3.2.1 del capítulo III *supra*.

establecimiento de derechos sucesorios legales. Aunque el reconocimiento de una relación parental es la principal finalidad de la adopción, los efectos patrimoniales en materia sucesoria continúan siendo de gran relevancia, especialmente en la adopción de mayores de edad.

En este sentido, la regulación de las consecuencias sucesorias en materia de adopción simple es una cuestión importante en los ordenamientos que han mantenido este tipo adoptivo. En todos ellos, los adoptados, además de mantener los derechos sucesorios en su familia de origen⁹¹⁷, son legalmente tratados como hijos en la sucesión del adoptante, tanto en relación con la sucesión intestada como con la porción hereditaria forzosa⁹¹⁸. Ahora bien, estos efectos no se extienden a las sucesiones de

⁹¹⁷ Para el caso del ordenamiento jurídico francés, *vid.* art. 360 CCF y Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 500. En relación con el argentino, *vid.* Nora B. LLOVERAS, Olga E. ORLANDI y Fabián E. FARAONI, «Artículo 2430. Caso de adopción», en Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI, 2*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2016, pp. 170-171, p. 171.

⁹¹⁸ En derecho francés, los adoptados de forma simple tienen, en la sucesión intestada del adoptante, los mismos derechos que cualquier otro hijo, de acuerdo con el principio de igualdad de los hijos (art. 735 CCF) y de los métodos de establecimiento de la filiación (733.II CCF). De acuerdo con el ordenamiento argentino, el adoptado de forma simple tiene los mismos derechos en la sucesión del adoptante que cualquier hijo o hija por naturaleza o por TRHA (art. 2430 CCCN). De esta manera, estará entre los primeros llamados a su sucesión intestada (art. 2426 CCCN) y tendrá derecho a la legítima de 2/3 de la herencia de su progenitor adoptante (art. 2445 CCCN). En derecho italiano, el art. 304.II CCI, aplicable tanto a las adopciones simples de mayores de edad como a las *adozioni particolari* por remisión del art. 55 L184/1983, sitúa al adoptado como un hijo o hija más del adoptante en su sucesión. Es, por tanto, heredero *ab intestato* (art. 567.1 CCI) y legitimario (art. 536.2 CCI) en la sucesión del adoptante.

la familia extensa del adoptante, excluyéndose pues el *status familiae*⁹¹⁹, con excepción de la sucesión intestada en el ordenamiento francés⁹²⁰.

Las reglas que ordenan la sucesión del adoptado difieren en cada país. En el ordenamiento jurídico francés, si el adoptado de forma simple fallece sin descendencia, su herencia se divide en partes iguales entre ambas familias, la adoptiva y la de origen. A la vez, se configura la reversión de aquellos bienes que hubiera recibido a título gratuito de cada una de sus familias (art. 366 CFC). En cambio, de acuerdo con el CCCN el adoptante o adoptantes de forma simple excluyen a los progenitores de origen, pero se establece idéntica reversión sobre los bienes recibidos a título gratuito por cada una de las familias (art. 2432 CCCN)⁹²¹. El derecho italiano es el que presenta la regla más divergente en relación con la sucesión del adoptado: el art. 304.I CCI dispone que el adoptante no ostenta ningún derecho en esta. En tanto que la propia remisión a dicho artículo por el 55 de la L184/1983 no ha sido

⁹¹⁹ En el derecho argentino, el art. 535 CCCN establece que la adopción simple únicamente crea parentesco entre adoptado y adoptante. Además, se ha de señalar que la facultad que ostenta la autoridad judicial, de acuerdo con el art. 621 CCCN, para flexibilizar la adopción plena o simple acordando la subsistencia de algunos vínculos con la familia extensa no altera el régimen legal de la sucesión; «[e]n la exposición de motivos del Anteproyecto originario se expresa que se considera conveniente no incorporar en el régimen sucesorio las variantes que el juez puede establecer en su sentencia, sea la adopción simple o plena, para no alterar, por voluntad judicial, un régimen sucesorio que tiene base en la ley»: Nora B. LLOVERAS, Olga E. ORLANDI y Fabián E. FARAONI, *op. cit.*, p. 171. En derecho italiano, el art. 567.2 CCI excluye al adoptado de forma simple de las sucesiones de los parientes del adoptante: Stefania STEFANELLI, *op. cit.*, p. 374. Este es un precepto referido a la adopción de mayores de edad que, hasta ahora, la doctrina italiana entendía también referido a la *adozione particolare* en virtud de la remisión que el art. 55 de la L184/1983 hacía al art. 300.2 CCI. Ahora que esta remisión ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Italiano podría entenderse que el adoptado mediante una *adozione particolare* podría también tener derechos sucesorios como cualquier otro hijo en las sucesiones de la familia del adoptante: Nicola CHIRICALLO, *op. cit.*, p. 9 y ss.

⁹²⁰ De acuerdo con el art. 365 CCF, el adoptado de forma simple y sus descendientes tienen en la *familia* del adoptante los derechos sucesorios previstos legalmente, excepto la condición de «*bénéficiaires réservataires*» en la sucesión de los ascendientes del adoptante: Laure LESTIENNE-SAUVE, *op. cit.*, p. 128. Kerry O'HALLORAN, *op. cit.*, p. 609. Ariadna AGUILERA RULL y Albert LAMARCA MARQUÉS, *op. cit.*, p. 55.

⁹²¹ Esta regla supone una de las dos excepciones al principio general del derecho de sucesiones argentino según el cual, en la sucesión intestada no se atiende a la naturaleza ni al origen de los bienes (art. 2425 CCCN).

examinada en la decisión constitucional, resulta complicado negar su eficacia en relación con la *adozione particolare*, si bien se podría entender que tal remisión ha quedado tácitamente revocada por la propia sentencia⁹²². En todo caso, esta configuración normativa —la consideración de hijo o hija del adoptado únicamente en la sucesión del adoptante y la exclusión de este último de la sucesión del primero— es la actualmente vigente respecto de la adopción de mayores de edad en Italia. La *ratio legis* de tal configuración sería la de evitar las «adopciones interesadas» mediante las cuales los adoptantes pretenden hacerse con el patrimonio de los adoptados⁹²³.

En la regulación original del CC, el establecimiento de ciertos derechos sucesorios era susceptible de incluirse mediante pacto en la escritura constitutiva de la adopción⁹²⁴. Hasta la reforma del CC operada por la Ley 7/1970, los adoptados de forma simple no obtuvieron ningún derecho legal en la sucesión del adoptante. A partir de dicha reforma, el adoptado de forma simple fue equiparado a los hijos naturales reconocidos (art. 180 CC), pero estos efectos no se extendían a la familia del adoptante ya que solo se reconocía un *status filii* (art. 176.II CC). Más tarde, la Ley 11/1981 reformó el CC para conceder a todos los hijos adoptados el *status familiae* en la familia del adoptante y equiparó los tipos de filiación en el art. 176 CC y, a efectos sucesorios, en el art. 931 CC. Sin embargo, en el art. 108 CC sólo se equiparó a la filiación por naturaleza la filiación derivada de la adopción plena. Así, los adoptados de manera plena, y sus descendientes, ostentaban los mismos derechos sucesorios en la sucesión del adoptante que el resto de hijos y descendientes. Mientras que, en la adopción simple, «[a]doptado y adoptante carec[ían] entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influ[ía] en la determinación de las legítimas ajenas» (art. 180.III CC). La incoherencia entre lo dispuesto en los arts. 108 y 180 CC y la

⁹²² Nicola CHIRICALLO, *op. cit.*, p. 11.

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ Artículo 177 CC, en la versión original de 1889: «El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya este obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante...».

equiparación de todo tipo de filiación adoptiva a la filiación natural introducida en el art. 176 CC, supusieron cierta ambigüedad e indefinición respecto de los derechos sucesorios de las personas adoptadas de manera simple, en particular sobre su condición de legitimarios en la sucesión de sus adoptantes, incluso una vez este tipo de adopción fue suprimido por la Ley 21/1987 y todos los tipos de filiación, incluida la adoptiva son legalmente equiparados⁹²⁵.

A día de hoy, unificados los tipos de adopción en uno solo con efectos plenos, la adopción del hijo del cónyuge comporta que este hijo pase a ser llamado, con *status familiae*, en la sucesión del adoptante y en la de su progenitor que es pareja de este⁹²⁶. A la vez, sin embargo, el adoptado pierde su posición en la sucesión de su progenitor anterior, respecto del cual ha visto extinguido su vínculo de filiación, así como su relación de parentesco con el resto de la familia de este. Esta regla general de extinción de vínculos es también matizada en materia sucesoria en la adopción del hijo o hija de la pareja de acuerdo con el derecho catalán⁹²⁷. El art. 443-2 CCCat, en consonancia con lo dispuesto en el art. 235-47 CCCat, establece que la persona adoptada y los ascendientes del progenitor sustituido, con quien se ha eliminado el vínculo de filiación,

⁹²⁵ La cuestión de los derechos sucesorios de los adoptados de forma simple de acuerdo con el derecho español anterior es abordada por Ariadna AGUILERA RULL y Albert LAMARCA MARQUÉS. Estos ponen de manifiesto cómo, aunque la ley aplicable a todas las sucesiones de los adoptantes por parte de los adoptados de manera simple que se abrieran tras la entrada en vigor de la Ley 11/1981 era esta última, que negaba a estos la condición de legitimarios, algunas Audiencias Provinciales otorgaron precisamente este derecho hereditario [*vid.*, por ejemplo, SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), núm. 344/2006, de 31 de julio de 2006, MP Ilmo. Sr. Francisco Javier Morales Mirat, (ECLI:ES:APGC:2006:2613)]. Estos pronunciamientos se basaban en la interpretación que el principio constitucional de igualdad de la filiación también forma parte de la ley aplicable, no únicamente el art. 180 CC, a las sucesiones abiertas que designa la DT 8 de la Ley 11/1981; basando su interpretación en la STC 155/1987 de 14 de octubre.

⁹²⁶ Como se ha ido avanzando, esto no ha sido siempre así, ni siquiera en relación con la adopción plena. En la regulación primigenia de la adopción en el CC, no se establecían *ope legis* derechos sucesorios entre adoptante y adoptado, si bien estos podían ser pactados en la escritura de constitución de la adopción. No fue hasta la Ley de 24 de abril de 1958 que se regularon efectos sucesorios legales, únicamente para la adopción plena, en el art. 179 CC.

⁹²⁷ *Vid.* subapartado 1.3.1. *supra*.

mantienen el derecho a sucederse *ab intestato*⁹²⁸. Es decir, se mantienen ciertos efectos de los vínculos de parentesco mantenidos con la familia del progenitor sustituido. De esta manera, la persona adoptada podría suceder hasta a seis abuelos y todos estos podrían concurrir también en su sucesión, sin ninguna preferencia entre ellos determinada. En virtud del art. 443-4 CCCat, los anteriores hermanos también mantienen este derecho a sucederse *ab intestato*. Ahora bien, dada su excepcionalidad, este derecho a sucederse entre anteriores parientes está supeditado a que exista trato familiar, por lo que este puede excluirse si se demuestra la falta de relación (art. 443-5 CCCat).

Esta matización de la regla general, tal y como se ha explicado en el apartado 1 *supra* es bienvenida, dado que la adopción del hijo o hija de la pareja no tiene por qué ir acompañada de una voluntad de extinción absoluta de los vínculos con la familia del progenitor sustituido. A pesar de ello, el CC no atiende al hecho de que la *ratio* de la adopción sea diferente en estos supuestos y no ofrece ningún régimen específico, tampoco en materia sucesoria. Además, más allá de lo inadecuado que puede resultar el truncamiento de todo vínculo con la familia de origen la adopción del hijo o la hija de la pareja puede ser problemática en relación con las reversiones legales en la sucesión, tal y como están ambas cuestiones reguladas en el CC⁹²⁹. En algunos casos el menor, con anterioridad a la adopción, puede haber sido beneficiado en la sucesión de alguno de sus parientes de la rama del progenitor sustituido. Esto es así especialmente cuando la formación de la nueva familia que ha conllevado la adopción ha tenido lugar después de la muerte de uno de los progenitores. En este supuesto, el menor habrá sido al menos legítimo del progenitor fallecido. La extinción de vínculos con el progenitor sustituido y toda su familia extensa hace que mecanismos como la reversión legal del art. 812 CC y las reservas viudal y troncal de

⁹²⁸ No así en materia de legítimas, sin embargo (451-3.4 CCCat). La diferencia radicaría en el hecho de que el legislador prefirió no realizar esta imposición en el ámbito de la sucesión voluntaria: Margarida GARRIGA GORINA, «La successió en el cas d'adopció...», *op. cit.*, p. 993.

⁹²⁹ *Id.* Irantzu BERIAIN FLORES, *op. cit.*, p. 349 y ss.

los arts. 968 y 811 CC respectivamente no operen en relación con los bienes que pertenecieran a la rama familiar sustituida.

Precisamente el mantenimiento de la eficacia de la reversión del art. 812 CC en relación con los bienes donados por los ascendientes de la familia sustituida mediante adopción fue discutido en la tramitación parlamentaria de la Ley 21/1987. Hasta la entrada en vigor de dicha reforma, el art. 179 CC establecía que «[l]os parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812». A pesar de que se presentó una enmienda para el mantenimiento de dicha excepción, finalmente fue rechazada porque «el principio que consagra la nueva legislación de adopción [...] es la ruptura del vínculo existente entre la familia anterior a la de la adopción y la nueva familia. Por consiguiente, entendemos que esta razón impide la consideración de la enmienda número 24»⁹³⁰. Si bien esta conclusión es formalmente correcta y coherente, puede resultar inadecuada en algunos contextos de adopción del hijo de la pareja y, especialmente, en aquellos en que dicha adopción no es precedida de un abandono o desentendimiento del menor por parte del progenitor sustituido, sino por la muerte de este. En estos contextos, la familia del progenitor «anterior» puede haber seguido manteniendo una relación afectiva con el menor, lo que provoca que pueda resultar conflictiva la inaplicación de la reversión legal o las reservas mencionadas.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el subapartado 4.1. *supra*, la filiación resultante de la adopción aditiva tendría efectos idénticos a la filiación determinada de cualquier otra manera. Estos efectos aditivos

⁹³⁰ Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, III Legislatura, núm. 143, p. 5291. BERIAIN FLORES dedica parte de su trabajo a analizar las distintas posturas sobre la posibilidad técnica de mantener la vigencia de la reversión legal del art. 812 CC en los casos de adopción y llega a la conclusión de que esta solo podría mantenerse si se conceptualiza la reversión como un supuesto de revocación de la donación y se considera que el parentesco relevante era el que se mantenía en el momento de la donación y no en el momento de la sucesión del descendiente: *Ibid.*, pp. 356-361.

y, por tanto, no extintivos, solventarían los inconvenientes que se plantean a día de hoy en relación con las reversiones y reservas.

Por otro lado, la adopción aditiva también comportaría un *status familiae* y una posición, como descendiente, en las sucesiones de los parientes tanto del adoptante como de sus progenitores originales o anteriores y viceversa. Esto comportaría, evidentemente, importantes ajustes técnicos, especialmente en materia de sucesión intestada; pero también la consecuencia práctica de que más de dos ramas familiares de ascendentes podrían concurrir a la sucesión del adoptado.

4.5. Apellidos

Por último, otra cuestión a tener en cuenta en una propuesta de filiación aditiva es la del establecimiento de apellidos (arts. 109 CC y 49.2 LRC). Dado el sistema de doble apellido español (arts. 49 LRC y 194 del Reglamento de la Ley del Registro Civil⁹³¹), el establecimiento de apellidos tras una adopción que no extinguiera vínculos supondría una cuestión especialmente problemática⁹³².

En relación con la adopción del hijo o hija del cónyuge, la única regla específica en materia de apellidos es la contenida en el art. 201 RRC: «El adoptado en forma plena por una sola persona tendrá por su orden los apellidos del adoptante. Se exceptú[a] el caso en que uno de los

⁹³¹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11/12/1958 (de ahora en adelante, RRC).

⁹³² Vincenzo BARBA, «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 469-494, p. 486. En Argentina y Francia, donde la regla general es la de un único apellido (arts. 64 CCCN; y 311-21 y ss. CCF), se prevén normas específicas en relación con la determinación de los apellidos del adoptado de forma simple. En el primer ordenamiento jurídico, el art. 627.d) CCCN prevé la sustitución del apellido anterior por el del adoptante como norma general, si bien puede solicitarse que se produzca la adición. «El principio es que a petición de parte —adoptado y/o adoptantes— se mantendrá el apellido de origen y se faculta a “reubicarlo” pudiéndose adicionar o anteponer el apellido de los adoptantes»: Mariela GONZÁLEZ DE VICEL, «Comentario al art. 627», *op. cit.*, p. 447. En el segundo, por el contrario, el art. 370-1-7 CCF establece la regla general de la adición, a la que el adoptado mayor de 13 años debe específicamente consentir.

cónyuges adopte al hijo de su consorte, aunque haya fallecido [...]». Por lo que hace a la regulación original de la adopción simple en el CC, el uso de los apellidos del adoptante por el adoptado era susceptible de incluirse mediante pacto en la escritura constitutiva de la adopción (art. 175 CC 1889). Así, el art. 202 RRC aún contiene la siguiente norma referida a los apellidos en casos de adopciones simples: «constituida e inscrita una adopción simple, podrá convenirse después en cualquier momento, por escritura pública y en vida del adoptante o adoptantes, la sustitución de los apellidos del adoptado por los de aquél o éstos, o el uso de un apellido de cada procedencia, caso en que se fijará el orden de los mismos». En ambos casos, se añadiría el apellido del adoptante a costa de eliminar uno de los anteriores.

En derecho catalán, el art. 235-48 CCCat, por su parte, prevé una norma especial para los apellidos en los supuestos de adopción del hijo o hija de la pareja en casos en los que el progenitor no residente sustituido hubiera fallecido. Adoptante y progenitor residente pueden solicitar de mutuo acuerdo que el hijo o hija adoptado mantenga el apellido del primero, adicionado mediante guion como un único apellido al del progenitor residente. De esta manera, el adoptado contaría con el apellido del adoptante y un apellido compuesto por los dos de sus progenitores de origen⁹³³. Otra opción de adición propuesta por BARBA, en cualquier supuesto de adopción con efectos simples en familias reconstituidas y no únicamente en supuestos de fallecimiento del progenitor, es la de formar un apellido compuesto con los del progenitor residente y el adulto afín adoptante y mantener el del progenitor no residente intacto⁹³⁴.

En el contexto de la adopción aditiva que se propone en este capítulo, ambas opciones de adición de apellidos pueden ser adecuadas en función de las circunstancias familiares en cada caso. Ahora bien,

⁹³³ Margarida GARRIGA GORINA, «Article 235-48. Cognoms de l'adoptat», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 761-764, p. 763.

⁹³⁴ Vincenzo BARBA, «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones...», *op. cit.*, p. 486.

también es posible la opción de no modificar los apellidos de la persona adoptada, es decir, de mantener sus apellidos de origen. Especialmente cuando esta ya tiene una cierta edad (por ejemplo, es mayor de edad), su identidad está muy vinculada a sus dos apellidos y su modificación podría suponer una injerencia no deseada en este derecho⁹³⁵. Esta posibilidad se encuentra prevista explícitamente en derecho catalán para el caso de personas adoptadas mayores de edad (art. 235-48.4 CCCat). La DGSJFP también la ha admitido en diversas ocasiones, permitiendo el acceso a las personas adoptadas a la solicitud de conservación de apellidos de los arts. 53.5º LRC, 209.3º y 210 RRC⁹³⁶. Esta modificación de los apellidos puede realizarse mediante declaración de voluntad ante el Encargado del Registro Civil en el plazo de dos meses desde la

⁹³⁵ Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, *op. cit.*, p. 203. Como señala el autor: «El que no conste el apellido del reconocente, porque así lo haya dispuesto el tribunal al ser lo más conveniente en un caso concreto, no le priva de efectos jurídicos a la filiación ni le impide tampoco acudir a la sucesión de aquel».

⁹³⁶ En el caso resuelto en la RDGN núm. 2/1999, de 23 febrero (RJ 1999\10110), el órgano justificaba así la admisión de la posibilidad de conservación de los apellidos de origen: «siendo el objetivo de la plena integración en la familia adoptiva servir de instrumento al beneficio y superior interés del adoptado (*cf.* párrafo 4º del preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), y quedando acreditado en el expediente los perjuicios personales y sociales que al promotor -adoptado a la edad de veintitrés años- le habrían de deparar en caso de imponerle un cambio de apellidos por denegación del derecho de conservación de los apellidos anteriores, tal denegación implicaría dejar frustrada la finalidad tuitiva y favorecedora de los intereses del adoptado perseguida por aquella Ley». Esta posibilidad fue reiterada en la RDGRN núm. 2/2006, de 22 mayo 2006 (JUR 2007\112100) en un caso en que la persona adoptada por el cónyuge de su madre era mayor de edad por el cónyuge de su madre. Su padre biológico, cuyo apellido había venido usando, había fallecido hacía décadas y en el momento de la adopción, la adoptada tenía ya dos hijos de 12 y 9 años de edad que hubieran visto modificado su segundo apellido: «este cambio puede producir inconvenientes en la vida ordinaria del descendiente que por razón de su edad y actividad personal o profesional ya es identificado con sus apellidos de origen, se admite que el hijo y demás descendientes puedan conservar los apellidos que hubieran venido usando antes del reconocimiento de la filiación. [...] la posibilidad de conservación responde, además, a la consideración del nombre y apellidos como un derecho subjetivo de carácter privado vinculado a toda persona (vid. art. 24 n.º 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 diciembre 1966) en tanto que derecho de la personalidad». Más recientemente se ha pronunciado la DGSJFP en su Resolución núm. 47/2021, de 17 mayo (JUR 2022\240198): la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública puede autorizar, directamente y sin limitación de plazo, el expediente de conservación por el hijo de los apellidos anteriores a la inscripción de una nueva filiación (art. 209.3.º y párrafo último RRC), siempre que la persona inscrita los haya seguido usando».

constitución de la adopción o desde que el adoptado alcance la mayoría de edad. Por supuesto, queda disponible el cambio de apellidos mediante expediente gubernativo del art. 54 LRC, sin límite temporal, el cual impone unos requisitos que podrán darse siempre que el adoptado haya seguido utilizando en el tráfico sus apellidos originales⁹³⁷.

En definitiva, así como la autoridad judicial, escuchando a las partes y teniendo en cuenta las circunstancias familiares, debería decidir sobre la conservación de vínculos familiares tras la adopción, también debería hacerlo en relación con los apellidos del adoptado⁹³⁸. En particular, se podría estar a la formación de un apellido compuesto, adicionando el del adoptante o uno de los anteriores al otro⁹³⁹; o a la conservación de los apellidos originales, si razones como la avanzada edad del adoptado y la estabilidad de su identidad lo aconsejaran.

⁹³⁷ Estos son: «a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado. / b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario. / c) Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea».

⁹³⁸ En este sentido, la norma en el ordenamiento cubano es la de que la autoridad judicial determine los apellidos del adoptado y el orden de estos conforme a su interés y el respeto a su identidad (art. 56.3 CFC).

⁹³⁹ Por ejemplo, si los apellidos del adoptando fueran A (proveniente de la línea del progenitor residente) y B (proveniente de la línea del progenitor no residente), y el del adoptante fuera C, podría optarse tanto por la regla del CCCat, resultando en A-B C; como por la propuesta por BARBA, resultando en A-C B (*vid.* n. 93434 *supra* y texto que la acompaña).

Conclusions

FIRST. Insufficient regulation and the need for a proposal. The legal regulation of stepfamilies in Spain is very limited or close to inexistent. Although these families, and especially the stepparent-child relationship, are present in case law since at least three decades ago, only three regional civil codes explicitly mention stepfamilies and/or the figure of the stepparent (arts. 85.2 CDFA, 236-14 and 236-15 CCCat and 50 FNN). Given this lack of regulation in Spanish family law, other areas of the law are currently giving different treatment to similarly situated stepparents. The mismatch between social reality and Spanish family law, and the legal conflicts arising around the meaning and effects of the step-relationship justify the need for a legislative proposal.

SECOND. Stepfamilies and the adult-centered legal family. The legal recognition of stepfamilies constitutes a challenge to the existing legal notion of “family”. Although they could perfectly fit into the open Spanish constitutional concept of family, the legal system still privileges the married, nuclear family. Besides showing lower rates of marriage, stepfamilies exceed the limits of the nuclear family by involving multiple adults with whom the child has relational interests. The conceptualization of the child as an autonomous subject who can develop relationships with adults other than his or her parents requires the step-relationship to be regulated as an autonomous type of attachment, different from the one between the two adults. Consequently, the step-relationship presents a challenge to the traditional scheme of adult-child relationships.

THIRD. Theoretical foundations of the proposal. The recognition of step-relationships by the law should be always based on the stepparent’s exercise of certain parental functions or responsibilities during his or her cohabitation with the child, that is, according to the notions of functional parenthood or *sociafetividade*. The exercise of these functions by stepparents shows that these can be disaggregated and that an adult does not need to perform all of them to become a parental figure to a child. Additionally, the legal system should recognise that

nowadays stepparents perform their parental functions not only as substitutes for non-residential parents (as it used to be when stepfamilies were formed after widowhood) but also in addition to both residential and non-residential parents. That is, in a functional sense, stepfamilies can lead to a multiparentality situation.

FOURTH. Social diversity must translate into legal diversity. A uniform status or legal treatment for step-relationships would be inadequate given the diversity that stepfamilies show. Therefore, three different options that use strategies of diversification, diffraction, and flexibility of the parental status are proposed. The first and lightest one (“*cuidador afín*” regime) is designed to operate by default. This instrument would provide the necessary legal regulation of the relationship even when adults do not proceed to formalise it. The other two instruments, the allocation of parental responsibilities and adoption, would require voluntary judicial applications. This way, the different proposed instruments would suppose a balance between the necessary protection of children (through the default regulation and the judicial intervention) and family autonomy (through the optionality of the last two instruments).

FIFTH. Operation of the “*cuidador afín*” regime. The regime of the “assistant caregiver” (“*cuidador afín*”) is an example of diversification of the parental status. The proposal is inspired by similar regimes already present in Germany (§ 1687b BGB), Catalonia (arts. 236-14 and 236-15 CCCat), Argentina (art. 672 and seq. CCCN), and Cuba (art. 180 and seq. CFC). This instrument is designed for stepparents who are not functionally equivalent to parents, but maintain a family relationship with the children that has developed throughout their cohabitation. This regime would be applicable independently of whether the child had one or more parents and automatically after two years of cohabitation between stepparent and child. Nevertheless, the option to opt out of this regime would be available for both of them.

SIXTH. Effects of the “*cuidador afín*” regime during and after cohabitation. Since stepparents would not be functional parents in this case, the regime has a more limited content than the other two proposed regimes: they would only collaborate in limited daily tasks of childrearing. This collaboration, however, would become more intense, up to reaching an autonomous decision power, in circumstances of urgency and need. During cohabitation, the assistant caregiver would have to economically provide for the whole family, including the stepchild. This obligation would be owed to the child due to their shared cohabitation, not to the other adult as an effect of marriage or a civil relationship. This obligation would not substitute child support owed by the parent(s) but only complement it. Upon family breakdown, stepparents could no longer be assistant caregivers because they would not hold full parental responsibilities and thus, would not have the legal powers to raise the child on their own. Consequently, this regime, including its financial dimension, would end upon family breakdown. However, those who had been assistant caregivers to a child would have the right to request contact with the child, under a presumption that this could be beneficial to the child’s wellbeing. Exceptionally, further personal and financial consequences (as those described in Chapter IV) could be judicially imposed if stepparents had acted like parents regardless of their “assistant caregiver status”.

SEVENTH. The allocation of parental responsibilities to the stepparent. The second option would allow stepparents to exercise parental responsibilities over their partner’s child in addition to both functional parents. Stepparents would not substitute parents in case of need, but join them in the exercise of these responsibilities. A maximum number of four possible holders of parental responsibilities is proposed to avoid excessive conflicts in their exercise and to recognise the significant relationships children can have when they have two parents and they both live with a partner. To acquire parental responsibilities, the stepparent would need to obtain the child’s and all parental responsibilities holders’ consent. The formal agreement would then be judicially approved in a procedure in which the family nature of the step-relationship would be verified, and the child’s opinion heard and

taken into account. Additionally, the possibility of a judicial attribution without the agreement of all parts should be foreseen in exceptional cases. The refusal by one of the parents would need to be deemed unjustified and disproportionate, and the allocation of parental responsibilities to the stepparent would need to be found necessary and beneficial.

EIGHTH. The scope of the stepparent's parental responsibilities and consequences of a family breakdown. Using a diffraction strategy of the parental status, the attribution of parental responsibilities agreement could outline and specify the inclusion or exclusion of certain functions and/or their mode of exercise. This way, family autonomy would be promoted and the opportunities for conflict would be reduced. Nevertheless, by default, the parental responsibilities attributed to the stepparent would have a very similar scope as those held by parents. Only certain important decisions would still be linked to the status of parenthood, such as consenting to adoption or appointing a guardian for the child. The stepparents' parental responsibilities would not, in principle, be terminated after a family breakdown. However, an agreed dissolution could be sought jointly by all parties before the child becomes of age, which would also need to be judicially approved. The obligation to financially support the child could also be exceptionally imposed after a family breakdown under certain circumstances: if the stepparent had been financially responsible for the child during their cohabitation and if the child would be put in a situation of need upon its breakdown. In this case, a temporary support obligation could be judicially imposed to mitigate such an impact on the child's economic stability and well-being.

NINTH. Stepparent adoption and multiparentality. The last option for the step-relationship would be for it to be turned into a parent-child relationship through adoption. Step-child adoption responds to a different aim than third-party adoption and thus a particular regulation of its effects regarding the extinction of previous family links would be desirable. The proposal introduces the possibility to maintain all or some previous family links of the adoptee, similar to simple adoption as

present in countries like France (arts. 360-369 CCF), Italy (arts. 44 and seq. L184/1983), Argentina (arts. 630 and seq. CCCN), and Cuba (arts. 103-108 CFC). However, this new parenthood link would be identical to one established by any other means, even though this could be the third or fourth link, and it would also establish links between the adoptee and the extended family of the adopter. All parents would be equally liable for child support and forced inheritance rules would be applicable between the child and all of his or her parents as well as other members of their families. Parental responsibilities would be awarded according to the factual parenting situation and the best interests of the child. The addition of the adopter's surname would be the rule, but the possibility to keep the surnames unaltered should also be foreseen (especially in those cases in which the adoptee is old enough to have formed his or her identity around the already existing family names and changing them would result in harm).

TENTH. Adoption of adults. Stepchild adoption can be a useful legal instrument for stepfamilies in which the child has passed the age of majority. If during childhood and adolescence, the parental role is satisfactorily performed thanks to the allocation of parental responsibilities to the stepparent, there might be the will to establish a permanent legal link between the child and the stepparent once the child becomes an adult. Thus, the assumption of parental responsibilities during minority could be perceived as a temporary parental trial period that if satisfactory could be later crystallized by adoption. This way, the stepparent and child would acquire permanent legal kinship and all its consequences, especially regarding inheritance law. The judge granting the adoption would ensure that a parent-child relationship has developed between the adopter and adoptee. A requisite for this would be to prove a stable cohabitation between them when the adoptee was underage and the assumption of parental responsibilities by the stepparent during that time. Conversely to what many Spanish courts currently require, there would be no need for the parties of the adoption to prove the lack of a family relationship between non-residential parent and adoptee since this family link would not necessarily be severed.

Bibliografía

- ABRAHAM, Haim, «A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents», *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 25/4, 2017, pp. 405-444.
- ACETO DI CAPRIGLIA, Salvatore, «La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo», *federalismi.it*, vol. 6, 2020, pp. 1-41.
- ACOSTA, Katie L., *Queer Stepfamilies. The Path to Social and Legal Recognition*, Nueva York, New York University Press, 2021.
- AGUILERA RULL, Ariadna y LAMARCA MARQUÉS, Albert, «Adopción simple y derechos sucesorios», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, María Paz GARCÍA RUBIO, Margarita HERRERO OVIEDO, (eds.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Las Rozas, La Ley, 2014, pp. 43-73.
- AJENJO-COSP, Marc y GARCÍA-SALADRIGAS, Núria, «La distribución del tiempo productivo y reproductivo en las parejas reconstituidas. ¿Son más equitativas que las biparentales?», *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 36/1, 2018, pp. 167-186.
- , «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneo», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 155, 2016, pp. 3-20.
- ALLAN, Graham, CROW, Graham y HAWKER, Sheila, *Stepfamilies*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.
- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 423-448.

- ÁLVAREZ BERNARDO, Gloria y ROMO AVILÉS, Nuria, «“Mujer de mi madre”. Identidad y funciones de los coprogenitores y coprogenitoras en las familias reconstituidas no heteronormativas», *Papers: Revista de Sociologia*, vol. 103/1, 2018, pp. 129-148.
- ANTOKOLSKAIA, MV, «Parenting in step-families: legal status versus de facto roles», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27/3, 2015, pp. 271-284.
- APPLETON, Susan Frelich, «Parents by the numbers», *Hofstra Law Review*, vol. 37/1, 2008, pp. 11-69.
- AYUSO SÁNCHEZ, Luis, «Los cambios en la cultura familiar», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 293-301.
- , «Parejas que no viven juntas en España (LAT): panorámica y discursos», en Félix REQUENA SANTOS, Luis AYUSO SÁNCHEZ, (eds.), *La gestión de la intimidad en la sociedad digital. Parejas y rupturas en la España actual*, Bilbao, Fundación BBVA, 2022, pp. 301-340.
- BAINHAM, Andrew, *Children: the modern law*, 3ª ed., Bristol, Jordan Publishing, 2005.
- , «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive, Yet Important Distinctions», en *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, 1999, pp. 25-46.
- BAKER, Katharine K., «Quacking Like a Duck? Functional Parenthood Doctrine and Same-Sex Parents», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 92/1, 2017, pp. 135-176.
- , «The DNA Default and its Discontents: Establishing Modern Parenthood», *Boston University Law Review*, vol. 96, 2016, pp. 2037-2091.
- BAKHT, Natasha y COLLINS, Linda M., «Are You My Mother? Parentage in a Nonconjugal Family», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 31/1, 2018, pp. 105-150.

- BALA, Nicholas, «Who is a Parent? Standing in the Place of a Parent and Section 5 of the Child Support Guidelines», en THE LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, (ed.), *Special Lectures 2006: Family Law*, Irwin Law, 2007, pp. 71-118.
- BARBA, Vincenzo, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, IX, 2022, pp. 157-206.
- , «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 469-494.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «La filiación adoptiva», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Matilde CUENA CASAS, (eds.), *Tratado de derecho de la familia, vol. 5, Las relaciones paterno filiales (I)*, Madrid, Aranzadi, 2017, pp. 619-758.
- , *La Filiación en España: una visión crítica*, Pamplona, Thomson Reuter Aranzadi, 2013.
- BARTLETT, Katharine T, «Re-Thinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed», *Virginia Law Review*, vol. 70/5, Virginia Law Review, 1984, pp. 879-963.
- BAUMAN, Zygmunt, *La Sociedad individualizada*, Madrid, Cátedra, 2001.
- BAYO DELGADO, Joaquim, «Article 233-1. Mesures provisionals», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 390-397.

- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, «Artículo 187. Satisfacción de las necesidades familiares», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (coords.), *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2011.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003, 276 pp.
- BECK, Ulrich y BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001, 292 pp.
- BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel, «Artículo segundo. Veintitrés», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dirs.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, (coords.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 695-705.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La igualdad al revés», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, 2002.
- BERIAIN FLORES, Irantzu, *La Adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Cuestiones actuales sobre la determinación de la prestación de alimentos de los hijos y la contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios», en Carlos LASARTE, María Dolores CERVILLA, (eds.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, València, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 453-489.
- BEUKER, Mark y KOLKMAN, Wilbert, «Legal relationships between adults and children in The Netherlands», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 417-449.

- BLADILO, Agustina, «Familias pluriparentales en la argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», *RJUAM*, vol. 38/II, 2018, pp. 135-158.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia, «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 31-51.
- BODEN, Rebecca y CHILDS, Mary, «Paying for procreation: Child support arrangements in the UK», *Feminist Legal Studies*, vol. 4/2, 1996, pp. 131-157.
- BOELE-WOELKI, Katharina, FERRAND, Frédérique, GONZÁLEZ-BEILFUSS, Cristina, et al., *Principles of European family law regarding parental responsibilities*, Cambridge-Antwepem-Portland, Intersentia, 2007, 331 pp.
- BORRILLO, Daniel, «Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 39, 2011, pp. 27-51.
- BOSCH CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en UNIVERSIDAD DE GIRONA, (ed.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 2005, pp. 241-274.
- BOWMAN, Cynthia G., «Living Apart Together, Women, and Family Law», *Cardozo Journal of Equal Rights and Social Justice*, vol. 24/1, 2017, pp. 47-80.
- , «The legal relationship between cohabitants and their partners' children», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 13, 2012, pp. 127-151.
- , «The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren», *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20/3, 2012, pp. 437-465.
- BRAY, James y KELLY, John, *Stepfamilies: love, marriage, and parenting in the first decade*, New York, Broadway Books, 1998.

- BRUNNING, Mariëlle y MOL, Charlotte, «Child participation in international and regional human rights instruments», en Wendy SCHRAMA, Marilyn FREEMAN, Nicola TAYLOR, Mariëlle BRUNING, (eds.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 13-40.
- BUDZIKIEWICZ, Christine, «Contracting on Parentage», en *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, pp. 151-168.
- CAÑIZARES LASO, Ana, «Obligaciones familiares básicas», en Luis DíEZ-PICAZO, Gema DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 135-162.
- CARBONE, June, «From Partners to Parents revisited: How will ideas of partnership influence the emerging definition of California parenthood?», *Whittier Journal of Child and Family Advocacy*, vol. 7, New York, Columbia University Press, 2007, pp. 3-62.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Los “Flecos” del nuevo Paradigma matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 696, 2005.
- CARRILLO LERMA, Celia, *Las familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- CARRIQUIRY, Ana María, «La suma de afectos no resta responsabilidades», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 53-61.
- CASTRO MARTÍN, Teresa, «Nuevas familias para un nuevo siglo», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 302-314.
- CHAMBERS, David L., «Stepparents, Biologic Parents, and the Law’s Perceptions of “Family” after Divorce», en Stephen D. SUGARMAN, Herma Hill KAY, (eds.), *Divorce reform at the crossroads*, New Haven, Yale University Press, 1990, pp. 102-165.

- CHERLIN, Andrew, «Remarriage as an Incomplete Institution», *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 84/3, 1978, pp. 634-650.
- CHERLIN, Andrew J. y FURSTENBERG JR., Frank F., «Stepfamilies in the United States: a Reconsideration», *Annual Review of Sociology*, vol. 20, 1994, pp. 359-381.
- CHIRICALLO, Nicola, «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 17 mayo 2022, pp. 1-16, disponible en <https://www.rivistafamiglia.it/2022/05/17/adozione-in-casi-particolari-e-unita-dello-stato-filiale-la-consulta-indica-al-legislatore-lagenda-della-riforma/>.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar, «Family forms and parenthood in Germany», en Andrea BÜCHLER, Helen KELLER, (eds.), *Family Forms and Parenthood*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 201-236.
- COLEMAN, Marilyn, GANONG, Lawrence, RUSSELL, Luke, et al., «Stepchildren's Views About Former Step-Relationships Following Stepfamily Dissolution», *Journal of Marriage and Family*, vol. 77/3, 2015.
- COLÍN RODRÍGUEZ, Aladino, «Ley 274», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 812-818.
- COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», Madrid, 2020.
- CORDIANO, Alessandra, «Fairy tales and Stepmothers: the Extended Families in a Legal Perspective», *Italian Sociological Review*, vol. 5/3, 2015, pp. 399-410.
- CÓRDOVA CONTRERAS, Eddy A. y CELI ARÉVALO, Marco, «Fundamentos jurídicos para obligar supletoriamente a los padres a otorgar alimentos a sus hijos afines, formados dentro de una familia ensamblada», *In Crescendo. Institucional*, vol. 7/1, 2016, pp. 102-112.

- CUTAS, Daniela, «On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?», *Journal of Medical Ethics*, vol. 37/12, 2011, pp. 735-738.
- DETHLOFF, Nina, «Changing Family Forms: Challenges for German Law», *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46/3, 2015, pp. 671-682.
- DETHLOFF, Nina y TIMMERMANN, Anja, «Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis», en Pia BERGOLD, Andrea BUSCHNER, Birgit MAYER-LEWIS, Tanja MÜHLING, (eds.), *Familien mit multipler Elternschaft*, Opladen-Berlin-Toronto, Verlag Barbara Budrich, 2017, pp. 173-194.
- DIAS, Maria Berenice, «Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 21-29.
- DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil», *Revista de derecho privado*, vol. 76/10, 1992, pp. 839-856.
- DÍAZ PARDO, Gloria, «Multiparentalidad versus filiaciones contradictorias», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 261-277.
- DIDUCK, Alison, «Carignan v. Carignan: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective», *Manitoba Law Journal*, vol. 19/3, 1990, pp. 580-604.
- DIDUCK, Alison y O'DONOVAN, Katherine, «Feminism and Families: Plus Ça Change?», en Alison DIDUCK, Katherine O'DONOVAN, (eds.), *Feminist Perspectives on Family Law*, Oxford, New York, Routledge-Cavendish, 2006, pp. 1-20.
- DÍEZ GARCÍA, Helena, «Artículo 180», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (ed.), *Comentarios al Código Civil, Tomo 2*, València, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1931-1953.

- DOUGLAS, Gillian, «The changing concept of “family” and challenges for family law in England and Wales», en Jens M. SCHERPE, (ed.), *European Family Law volume II: The Changing Concept of «Family» and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 22-38.
- DOUGLAS, Gillian y LOWE, Nigel, *The Continuing Evolution of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2009, 305 pp.
- DUPLÁ MARÍN, María Teresa, «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*, vol. 717, 2010, pp. 61-91.
- , «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 3, 2012, pp. 601-620.
- , «Potestad parental Catalana y autoridad familiar Aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente», en Reyes BARRADA, Martín GARRIDO, Sergio NASARRE, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 735-746.
- EEKELAAR, John, «Do Parents Have a Duty to Consult?», *Law Quarterly Review*, vol. 114, 1998.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Article 4. Despeses familiars», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 93-105.
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana, «La adopción en el derecho civil común», en Luis Díez-PICAZO, Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1753-1806.

- ESTEVE PALÓS, Albert, «Matrimonio e inmigración internacional en España», en Cristóbal TORRES ALBERO, (ed.), *España 2015: Situación social*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2015, pp. 108-116.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «Biology-Based Systems of Parentage and Safety Valves Protecting Social Parenting», en Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, Aida TORRES PÉREZ, (eds.), *The right to family life in the European Union*, New York, Routledge, 2017, pp. 115-130.
- , «Incidencia de la convivencia marital en la vivienda familiar sobre el derecho de uso atribuido por razón de la guarda de los hijos», *Revista de derecho civil*, vol. 8/4, 2021, pp. 1-46.
- , «Perspectives de futur i noves formes de parentalitat», en Institut DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019, pp. 253-286.
- , «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 95-117.
- FEINBERG, Jessica, «Whither the Functional Parent? Revisiting Equitable Parenthood Doctrines in Light of Same-Sex Parents' Increased Access to Obtaining Formal Legal Parent Status», *Brooklyn Law Review*, vol. 83, 2017, pp. 55-110.
- FENTON-GLYNN, Claire, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio y VERDERA SERVER, Rafael, «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 15-68.

- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Ley 80», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 343-348.
- FERRER RIBA, Josep, «Article 132. Determinació», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 609-613.
- , «Article 137. L'exercici de la potestat», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 646-658.
- , «Article 138. Desacords», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 659-665.
- , «Article 139. Vida separada del pare i de la mare», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.), Albert LAMARCA MARQUÉS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 665-676.
- , «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017 (RJ 2017, 4528)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 108, septiembre-diciembre, 2018, pp. 51-68.
- , «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Revista de Derecho de Familia*, vol. 85, 2018, pp. 163-177.

- , «La responsabilidad parental en Europa», en Nicolás ESPEJO YAKSIC, (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 113-153.
- , «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 297-327.
- , «Parental responsibility in a European perspective», en Jens M. SCHERPE, (ed.), *European Family Law volume III: Family Law in a European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 284-310.
- , «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 105/3, 2006, pp. 729-756.
- FERRER VANRELL, María Pilar, «La familia en la constitución. Evolución del concepto de familia», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, vol. 21, 2020, pp. 272-310.
- FINEMAN, Martha Albertson, *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*, New York, Routledge, 1994.
- FRANCOZ TERMINAL, Laurence, «Legal relationships between adults and children in France», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Intersentia, 2019, pp. 249-284.
- FULCHIRON, Hugues, «¿Un estatuto para el progenitor afín?», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año VIII, 2016, pp. 37-47.
- GANONG, Lawrence y COLEMAN, Marilyn, *Stepfamily relationships: development, dynamics, and interventions*, New York, Springer Science, 2004.
- , «Studying Stepfamilies: Four Eras of Family Scholarship», *Family Process*, vol. 57/1, 2018, pp. 7-24.

- , «The Dynamics of Parenting in Stepfamilies», en *Stepfamily Relationships*, Boston, Springer, 2017, pp. 125-142.
- , «The Dynamics of Stepparenting», en Lawrence GANONG, Marilyn COLEMAN, (eds.), *Stepfamily Relationships*, Boston, Springer, 2017, pp. 143-173.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, «La adopción de mayores de edad», *Actualidad civil*, vol. 4, 1998, pp. 993-1007.
- , «Notas sobre la addenda introducida en el artículo 68 CC por Ley 15/2005», en José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Pedro GARRIDO CHAMORRO, (eds.), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters-Civitas, 2010, pp. 703-711.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995.
- , «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en Judith SOLÉ RESINA, (ed.), *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 209-220.
- GARRIGA GORINA, Margarida, «Article 235-48. Cognoms de l'adoptat», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 761-764.
- , «La successió en el cas d'adopció en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 4, 2009, pp. 983-1000.
- , «Artículo 235-47. Efectos específicos de la adopción», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 1178-1185.

- , «Las relaciones paterno-filiales de hecho», *InDret*, 3/2004, 2004, pp. 1-20.
- , «Les relacions paterno-filials de fet II», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 4, 2005, pp. 981-998.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLE RESINA, Judith, «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas», en María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Judith SOLE RESINA, (eds.), *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, València, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 211-251.
- GOBAU, Dominique, «Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire», en Hugues FULGIRON, (ed.), *Les solidarités entre générations / Solidarity between generations*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 163-175.
- GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna y SOLNIT, Albert J., *Beyond the best interests of the child*, New York, Free Press, 1973.
- GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, «Comentario al art. 619», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 425-427.
- , «Comentario al art. 621», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 428-431.
- , «Comentario al art. 627», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 443-447.
- , «Comentario al art. 629», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 448-450.

- , «Comentario al art. 630», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 450-451.
- , «Comentario al art. 632», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 453-454.
- GONZÁLEZ FERRER, Yamila, «La adopción de niñas, niños y adolescentes en el nuevo Código de las familias», *Pensar el derecho*, 6 septiembre 2022, disponible en : <http://www.cubadebate.cu/especiales/2022/09/26/el-futuro-del-codigo-de-las-familias/>
- GOUTTENOIRE, Adeline, «Autorité Parentale», en *Repertoire de Droit Civil*, Octubre 20, Dalloz, 2022.
- GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, «Child and parents in the 21st century», La Haya, Xerox/OBT, 2016.
- GRAU REBOLLO, Jorge, *Nuevas formas de familia*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2016.
- GROSMAN, Cecilia P., «Capítulo 7. Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», en Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Nora LLOVERAS, (eds.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, València, Tirant lo Blanch, 2014.
- HARRIS-SHORT, Sonia, MILES, Joanna y GEORGE, Robert H., *Family law: text, cases, and materials*, 3a, Oxford, Oxford University Press, 2015.

- HARVISON YOUNG, Alison, «Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family», *Journal of Gender & the Law*, vol. 6/3, 1998.
- , «The Child Does Have 2 (Or More) Fathers...: Step-parents and Support Obligations», *McGill Law Journal*, vol. 45, 2000, pp. 107-131.
- HAYWARD, Andy, «Legal Relationships Between Adults And Children In England And Wales», en Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, Jehanne SOSSON, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies: A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 219-248.
- HELMS, Tobias, «Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht», en Katharina HILBIG-LUGANI, Peter M HUBER, (eds.), *Moderne Familienformen: Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2019, pp. 125-128.
- HENNEMANN, Heike, «BGB § 1687b Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten», en Dieter SCHWAB, (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB. Band 10*, München, C.H. Beck, 2020.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, «Artículo segundo. Diecinueve», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dirs.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coords.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 651-663.
- , «Artículo segundo. Veinte», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dirs.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coords.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 664-673.

- HERRERA, Marisa, «Artículo 536. Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.
- HERRING, Jonathan, *Caring and the law*, Oxford and Portland, Hart, 2013.
- , «Connecting Contact: Contact in a Private Law Context», en Andrew BAINHAM, Bridget LINDLEY, Martin RICHARDS, Liz TRINDER, (eds.), *Children and their families*, Oxford - Portland, Hart, 2003, pp. 89-116.
- , *Family law*, 8, Harlow, Pearson Education Limited, 2017.
- HOWELL, Signe, «¿Quién soy, entonces? Perspectivas de los adoptados transnacionales sobre identidad y etnia», en Diana MARRE, Joan BESTARD, (eds.), *La adopción y el acogimiento. Presente y perspectivas*, Barcelona, Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, 2004, pp. 197-222.
- IGNACIO, Graciela Cristina, «Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», en Graciela MEDINA, Julio RIVERA, Mariano ESPER, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014.
- JACOBS, Melanie 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.
- JEPPESEN DE BOER, Christina G., *Joint Parental Authority: A Comparative Legal Study on the Continuation of Joint Parental Authority After Divorce and the Breakup of a Relationship in Dutch and Danish Law and the CEFL Principles*, Cambridge, Intersentia, 2008.
- JOCILES RUBIO, María Isabel y VILLAAMIL PÉREZ, Fernando, «Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas», *Papers: revista de sociologia*, 2008, pp. 213-240.

- , «Estrategias para evitar u obstacularizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, L, 2008, pp. 103-120.
- , «La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas», *Anthropologica*, Año XXVI, 2008, pp. 63-85.
- JOSLIN, Courtney G., «De Facto Parentage and the Modern Family», *Family Advocate*, vol. 40/4, 2018, pp. 1-7.
- , «Preface to the UPA (2017)», *Family Law Quarterly*, vol. 52/3, 2018, pp. 437-498.
- JUNGO, Alexandra y RUTISHAUSER, Lena, «Legal relationship between adults and children in Switzerland», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 551-582.
- KELLY, Fiona, «Conceptualising the child through an ‘ethic of care’: Lessons for family law», *International Journal of Law in Context*, vol. 1/4, 2005, pp. 375-396.
- , «Multiple-Parent Families under British Columbia’s New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting», *UBC Law Review*, vol. 47/2, 2014, pp. 565-596.
- KEMELMAJER, Aida y HERRERA, Marisa, «Legal relationship between adults and children in Argentina», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 37-74.
- KESSLER, Guillaume, «The Parentage Disruption: A Comparative Approach», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33/3, diciembre 2019, pp. 316-336.

- KESSLER, Laura T., «Community parenting», *Journal of Law & Policy*, vol. 24, 2007, pp. 47-77.
- KINSEY, Ann E., «A Modern King Solomon's Dilemma: Why State Legislatures Should Give Courts the Discretion to Find That a Child Has More than Two Legal Parents», *San Diego Law Review*, vol. 51/1, 2014, pp. 295-350.
- LA IGLESIA MONJE, María Isabel DE, «Concepto de allegados y el interés superior del menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 751, 2015, pp. 2871-2892.
- , *El allegado: su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Madrid, Dykinson, 2021.
- LA TORRE, Natalia DE, «Artículo 510. Requisitos», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.
- LAUFER-UKELES, Pamela, «The Children of Nonmarriage: Towards a Child-First Family Law», *Yale Law & Policy Review*, vol. 40, 2022, pp. 384-464.
- LAUFER-UKELES, Pamela y BLECHER-PRIGAT, Ayelet, «Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood», *George Mason Law Review*, vol. 20/2, 2013, pp. 419-484.
- LAUROBA LACASA, María Elena, «Familias recompuestas y pluralidad de guardadores», en Daniel Vázquez Albert (dir.), *El Derecho De Familia y Los Nuevos Modelos De Familia. Novedades Doctrinales y Jurisprudencia. Libor Homenaje a Encarna Roca i Trias*, Pamplona: Thomson Reuter Aranzadi, 2015, pp. 67-84.
- , «Article 236-11. Exercici de la potestat parental en cas de vida separada dels progenitors», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 837-843.

- , «Article 236-14. Facultats del cònjuge o convivent en parella estable del progenitor», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 853-860.
- , «Article 236-15. Atribució de la guarda del fill en cas de mort del cònjuge o convivent en parella estable», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 860-866.
- , «Article 236-8. L'exercici de la potestat parental», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 827-831.
- LAVIOLETTE, Nicole, «Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B.», *The Canadian Bar Review*, vol. 86/3, 2008, pp. 665-689.
- LÁZARO PALAU, Carmen María, «Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes segons el Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 18, 2018, pp. 47-65.
- , *La pensión alimenticia de los hijos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.
- LECKEY, Robert, «One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33/3, 2019, pp. 298-315.
- LESSARD, Michaël, «Le calcul des aliments du parent de fait: de l'approche synchronique à l'approche étagée», *Les Cahiers de Droit*, vol. 60/1, 2019, pp. 251-281.
- LESTHAEGHE, Ron, «The second demographic transition, 1986–2020: sub-replacement fertility and rising cohabitation—a global update», *Genus*, vol. 76/10, 2020.

- LESTHAEGHE, Ron y KAA, Dirk J. VAN DE, «Twee demografische transitities», *Bevolking: groei en krimp*, 1986, pp. 9-24.
- LESTIENNE-SAUVE, Laure, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Paris, LGDJ, 2013.
- LLOVERAS, Nora B., ORLANDI, Olga E. y FARAONI, Fabián E., «Artículo 2430. Caso de adopción», en Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI, 2*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2016, pp. 170-171.
- LÔBO, Paulo, «Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro», *RJLB*, vol. 1/1, 2015, pp. 1743-1759.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, València, Tirant lo Blanch, 2020.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 13, 2020, pp. 194-223.
- LOWE, Nigel V. y DOUGLAS, Gillian, *Bromley's family law*, 11a, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- MACLEAN, Miriam J., DRAKE, Deirdre y MCKILLOP, Dianne, «Perceptions of Stepfathers' Obligations to Financially Support Stepchildren», *Journal of Family and Economic Issues*, vol. 37/2, 2016.
- MAHONEY, Margaret M., *Stepfamilies and the law*, Michigan, University of Michigan Press, 1994, 239 pp.
- , «Stepparents as Third Parties in Relation to Their Stepchildren», *Family Law Quarterly*, vol. 40/1, 2006, pp. 81-108.
- MALAUURIE, Philippe y FULCHIRON, Hugues, *Droit de la famille*, 6a, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2017.

- MARGARIA, Alice, *The Construction of Fatherhood: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- MARSAL GUILLAMENT, Joan, «Artículo 231-5. Gastos Familiares», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 533-535.
- MARTÍN CASALS, Miquel, «Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nomenados, allegados y perjudicados por analogía», en Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Gema TOMÁS MARTÍNEZ, (eds.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 727-758.
- , «Els pares i mares socials al Codi civil de Catalunya», en Ramon QUINTANO RUIZ, (ed.), *El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala*, Societat Catalana d'Advocats de Família, 2016, pp. 115-130.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 (494/2016). Reconocimiento de complacencia», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, (ed.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil vol. 8*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 347-362.
- MASCARENHAS LASMAR, Gabriela y SILVA MACÉDO, Manoel António, «Pluriparentalidad: implicaciones, reflexiones y desafíos para el pensamiento jurídico contemporáneo brasileño», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 161-181.
- MASSON, Judith, «Parenting by being; Parenting by Doing - In Search of Principles for Founding Families», en JR SPENCER, Antje DU BOIS-PEDAIN, (eds.), *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart, 2006, pp. 131-155.
- MÉNDEZ TRUJILLO, Iris María, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.

- MIGNOT, Jean-François, «Adoption in France and Italy: A Comparative History of Law and Practice (Nineteenth to twenty-First centuries)», *Population*, vol. 70/4, 2015, pp. 759-782.
- , «“Simple” Adoption in France», *Revue Française de Sociologie*, vol. 56/3, 2015, pp. 365-394.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, «El progenitor afín en el Código Civil y Comercial», *Revista de Derecho de familia*, vol. 101, 2021, pp. 132-145.
- MOL, Charlotte, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings. Represented, Heard or Silenced?*, Cambridge - Antwerp - Chicago, Intersentia, 2022.
- MONCÓ REBOLLO, Beatriz y RIVAS RIVAS, Ana María, «La importancia de “nombrar”. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas», *Gazeta de Antropología*, vol. 23, 2007, pp. 1-14.
- MONÉGER, Françoise, «France: Biological and Social Parentage», en Katharina BOELE-WOELKI, Nina DETHLOFF, Werner GEPHART, (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, 2014, pp. 175-184.
- MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008.
- MOTTE, Gwendoline, «Multiplication of potential social and emotional ties», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, (eds.), *Adults and children in postmodern societies*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- MURRAY, Melissa, «The Networked Family: Reframing the Legal Understanding of Caregiving and Caregivers», *Virginia Law Review*, vol. 94, 2008, pp. 385-455.
- MUSCHELER, Karlheinz, «Das Recht der Stieffamilie», *FamRZ*, vol. 12, 2004.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, «Uniform Parentage Act», 2017.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 617-686.

NUSSBAUM, Martha, «The Future of Feminist Liberalism», en Eva FEDER KITTAY, Ellen K. FEDER, (eds.), *The Subject of Care: Feminist Perspectives on Dependency*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002, pp. 186-206.

O'HALLORAN, Kerry, *The Politics of Adoption. International Perspectives on Law, Policy and Practice*, 4, Cham, Springer Cham, 2021, 1045 pp.

PARNESS, Jeffrey A. y TIMKO, Matthew, «De facto parent and nonparent child support orders», *American University Law Review*, vol. 67, 2018, pp. 769-839.

PAÚL VELASCO, José Manuel DE, «Nuevos tipos de familia ante el baremo de tráfico: familias monoparentales y familias reconstituidas», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, vol. 66, 2018, pp. 9-24.

PELLEGRINI, María Victoria, «Artículo 672 Progenitor Afín», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 506-508.

———, «Artículo 673 Deberes del progenitor afín», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 508-509.

- , «Artículo 676. Alimentos», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 511-512.
- , «Comentario al art. 643», en Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO, Marisa HERRERA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 476-478.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «Ley 114», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 509-512.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, (eds.), *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 197-222.
- PINTENS, Walter y SCHERPE, Jens M., «The Marckx Case: A “Whole Code of Family Law”?», en Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, Rebecca PROBERT, (eds.), *Landmark Cases in Family Law*, Oxford - Portland, Hart, 2011, pp. 155-174.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución», *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 8/9, 2015, pp. 143-175.
- PIQUERAS BAUTISTA, José Antonio, «La igualdad en el Código civil», en A.A. V.V., (ed.), *El principio de igualdad en la Constitución española (XI Jornadas de Estudio) vol. II*, Madrid, Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1991, pp. 1643-1694.
- POLIKOFF, Nancy, «A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century», *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. 201-267, 2009.

- POLIKOFF, Nancy, «The child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other non-traditional families», *The Georgetown Law Journal*, vol. 78/3, 1990, pp. 459-575.
- POLISENO, Barbara, «La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore», *Questione Giustizia*, vol. 2, 2019, pp. 101-113.
- POU AMPUERO, Felipe, «Interpretación de la Ley 272 del Fuero Nuevo», en Nafarroako PARLAMENTUA, (ed.), *El Patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial. Jornadas sobre Derecho Foral Navarro*, 2004, pp. 173-186.
- PYLYSER, Charlotte, BUYSE, Ann y LOEYS, Tom, «Stepfamilies Doing Family: A Meta-Ethnography», *Family Process*, vol. 57/2, junio 2018, pp. 496-509.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, «Retos actuales de la acción de impugnación de la filiación», en Asociación de Profesores de Derecho CIVIL, (ed.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 119-183.
- RAMOS SÁNCHEZ, Alfredo, «Principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento: alimentos de hijos solo “comunes” con el cónyuge fallecido con cargo al usufructo viudal en el Derecho Civil de Galicia: nulidad», *Diario La Ley*, vol. 8001, 2013.
- RIVAS RIVAS, Ana María, «Estrategias residenciales y procesos de recomposición familiar», *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 98/1, Barral, 2013, pp. 103-126.
- , «Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26 / 1, 2008, pp. 151-178.
- , «Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico», *Revista de Antropología Social*, vol. 18, 2009, pp. 7-19.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», en Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Mario E. CLEMENTE MEORO, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Rafael VERDERA SERVER, (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, València, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 2187-2212.
- , «La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña», en Reyes BARRADA, Martín GARRIDO, Sergio NASARRE, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pp. 35-74.
- , «Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas», en Àrea de Dret Civil de la Universitat GIRONA, (ed.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 275-282.
- , «Panorama general de la reforma del derecho de Familia en el libro II del Código Civil de Cataluña», en Núria GINÉS CASTELLET, (ed.), *La Familia Del Siglo XXI: Algunas Novedades Del Libro II Del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2011, pp. 13-50.
- ROBERTSON, Jeremy, «Stepfathers in Families», en Jan PRYOR, (ed.), *The International Handbook of Stepfamilies: Policy and Practice in Legal, Research, and Clinical Environments*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2008, pp. 125-150.
- ROCA TRIAS, Encarnación, «Artículo 231-1. La heterogeneidad del hecho familiar», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 513-518.
- , «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de derecho civil*, vol. 43/4, 1990, pp. 1055-1092.

- , «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», en Universidad de GIRONA, (ed.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 213-238.
- , *Libertad y familia*, València, Tirant lo Blanch, 2014.
- ROGERSON, Carol, «The child support obligation of step-parents», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 18, 2001.
- ROVEDA, Eduardo Guillermo y ALONSO REINA, Carla F., «Adopción. Disposiciones Generales», en Julio César RIVERA, Graciela MEDINA, (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II*, 1a, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2014, pp. 418-438.
- RUBIO GIMENO, Gemma, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de novembre de 2018», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, pp. 37-74.
- RUIZ DE LA CUESTA MUÑOZ, Rafael, «Ley 273», en Enrique RUBIO TORRANO, María Luisa ARCOS VIEIRA, (eds.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 1091-1100.
- RUSSELL, Penelope, «Research: An Empirical Exploration of Parental Responsibility for Step-Parents», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 26/3, 2014, pp. 301-321.
- SABATER BAYLE, Elsa, «La adopción abierta en el derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 4.ter, 2016, pp. 66-93.
- SALANITRO, Ugo, «Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 16bis, 2022, pp. 1524-1553.

- SALGO, Ludwig, «§1687b Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten», en Julius VON STAUDINGER, (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4 Familienrecht (Elterliche Sorge - Umgangsrecht)*, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2014, pp. 415-429.
- SALVADOR CODERCH, Pau y ALASCIO CARRASCO, Laura, «Article 231-1. L'heterogeneïtat del fet familiar», en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER-RIBA (dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014.
- SÁNCHEZ CANO, M^a Jesús, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10/2, 2018, pp. 642-675.
- SCHEIWE, Kirsten, «Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern», en Dagmar COESTER-WALTJEN, Katharina HILBIG-LUGANI, (eds.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 1. 2015*, Gieseking, 2015, pp. 203-222.
- , «Parental Conflicts over the exercise of joint parental responsibility from a comparative perspective: From daily matters to relocation», en Harry WILLEKENS, Kirsten SCHEIWE, Theresa RICHARZ, Eva SCHUMANN, (eds.), *Motherhood and the Law*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2019, pp. 153-177.
- SCHERPE, Jens M., «Breaking the existing paradigms of parent-child relationships», en Gillian DOUGLAS, Mervyn MURCH, Victoria STEPHENS, (eds.), *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2018, pp. 344-358.
- , «Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View», en Rebeca PROBERT, Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart, 2009, pp. 43-62.

- , «Same-sex couples have family life», *The Cambridge Law Journal*, vol. 69/3, Cambridge University Press, 2010, pp. 463-465.
- , *The present and future of European family law. European family law, Volume IV*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.
- SCHERPE, Jens M. y SLOAN, Brian, «Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion», en Frederik SWENNEN, (ed.), *Contractualisation of family law: global perspectives*, Cham Heidelberg New York Dordrecht London, Springer, 2015, pp. 165-191.
- SCHNEIDER, David Murray, *A Critique of the study of Kinship*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1984.
- SCHRAMA, Wendy, «Marriage and alternative status relationships in The Netherlands», en John EEKELAAR, Rob GEORGE, (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, London, Routledge, 2021, pp. 15-28.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio, «La adopción de “hijo del consorte”», en María Paz GARCÍA RUBIO, (ed.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pp. 865-892.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Artículo 63», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (eds.), *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2015, pp. 167-168.
- , «Artículo 85», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ, José Antonio SERRANO GARCÍA, (eds.), *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Justicia. Gobierno de Aragón, 2015, pp. 210-212.

- SEUBA, Joan Carles, «Article 231-5. Despeses familiars» en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (dirs.) y Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 78-80.
- SEVENHUIJSEN, Selma, *Citizenship and the ethics of care: feminist considerations on justice, morality, and politics*, New York, Routledge, 1998.
- SHIER, Harry, «Pathways to participation: Openings, opportunities and obligations», *Children & Society*, vol. 15/2, 2001, pp. 107-117.
- SNOW, Dave, «Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act», *Canadian Journal of Law & Society*, vol. 32/3, 2017, pp. 329-348.
- SOLSONA, Montse, BRULLET, Cristina y SPIJKER, Jeroen, «Coparentalitat i custòdia compartida a Catalunya», *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 60/2, 2014, pp. 387-415.
- SOLSONA PAIRÓ, Montserrat y SIMÓ NOGUERA, Carles, «Evolución histórica del divorcio en España desde la aprobación de la ley de 1981 hasta la reforma de 2004», en Anna CABRÉ PLA, (ed.), *La constitución familiar en España*, Bilbao, Fundación BBVA, 2007, pp. 245-296.
- STEFANELLI, Stefania, «Legal relationships between adults and children in Italy», en Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS, Gwendolin MOTTE, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge - Antwerp - Chicago, Intersentia, 2019, pp. 351-383.
- STEWART, Susan, «Contemporary American stepparenthood: Integrating cohabiting and nonresident stepparents», *Population Research and Policy Review*, vol. 20/4, 2001, pp. 345-364.
- TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros*, Madrid, Reus, 2009, 216 pp.
- , «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*, vol. 6, 2013, pp. 261-316.

- THÉRY, Irène, «Le constellationi familiari ricomposte: una questione sociale e culturale», en Silvia MAZZONI, (ed.), *Nuove Costellazioni Familiari. Le famiglie ricomposti*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 13-32.
- THÉRY, Irène y LEROYER, Anne-Marie, «Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle», Paris, 2014, 1-547 pp.
- TRELOAR, Rachel y BOYD, Susan B., «Family Law Reform in (Neoliberal) Context: British Columbia», *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2014, pp. 77-99.
- TREVIÑO MARURI, Rocío y GUMÀ LAO, Jordi, «De la monoparentalidad a la reconstitución familiar: un análisis a partir de fuentes transversales», *Papers: Revista de Sociologia*, vol. 98/2, abril 2013, pp. 287-309.
- VAQUER ALOY, Antoni y IBARZ LÓPEZ, Noelia, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, IV, 2017, pp. 211-235.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y CHAVES, Marianna, «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, vol. 48, 2018, pp. 133-157.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «El contenido personal de la patria potestad», en Luis DÍEZ-PICAZO, Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1838-1855.
- , «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las open adoptions en el Derecho anglosajón», *Actualidad civil*, vol. 4, 2017, pp. 1-33.
- , «Privación y recuperación de la patria potestad», en Luis DÍEZ-PICAZO, Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (eds.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2012, pp. 1881-1888.

- VERDERA SERVER, Rafael, «Adopción y principio de igualdad», *Derecho privado y Constitución*, vol. 13, 1999, pp. 297-378.
- , «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, vol. 30, 2016, pp. 75-126.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, «Artículo segundo. Veintidós», en Francisco LLEDÓ YAGUE, María Pilar FERRER VANRELL, José Ángel TORRES LANA, María José ACHÓN BRUÑÉN (dir.S.), Óscar MONJE BALMASEDA, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 684-694.
- VIDAL TEIXIDÓ, Antonio, «Artículo 236-14. Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 1267-1270.
- , «Artículo 236-15. Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable», en Encarnación ROCA TRIAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, (eds.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 2011, pp. 1271-1274.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «La pareja de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas», en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, (eds.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 539-556.
- VONK, Machteld, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Cambridge, Intersentia, 2007.
- VONK, Matcheld y RUTTENBERG, Geeske, «We need to talk to Martha», *Family & Law*, vol. 6, 2021.

- WALL, Thomas M., «The Pitfalls of Polyamorous Parenting in Rhode Island: The Crime of Adultery and the Best Interests of the Child Under the Uniform Parentage Act», *Roger Williams University Law Review*, vol. 26/3, 2021, pp. 766-80.
- WARNER, Michael, «Introduction: Fear of a Queer Planet», *Social Text*, vol. 29, 1991, pp. 3-17.
- WEISBERG, D. Kelly, *Modern family law: cases and materials*, 7, New York, Wolters Kluwer, 2020.
- WIKELEY, Nicholas, *Child support: law and policy*, Oxford, Hart, 2006, 89-115 pp.
- , «Financial Support for Children after Parental Separation: Parental Responsibility and Responsible Parenting», en Rebeca PROBERT, Stephen GILMORE, Jonathan HERRING, (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, Hart, 2009, pp. 273-294.
- WILLEMS, Geoffrey y SOSSON, Jehanne, «The Future of Legal Relationships between Adults and Children: Complex Issues and Hybrid Solutions», en Geoffrey WILLEMS, Gwendoline MOTTE, Jehanne SOSSON, (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies: A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 825-864.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La Patria Potestad», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Matilde CUENA CASAS, (eds.), *Tratado de derecho de la familia*, 2ª, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 51-200.

