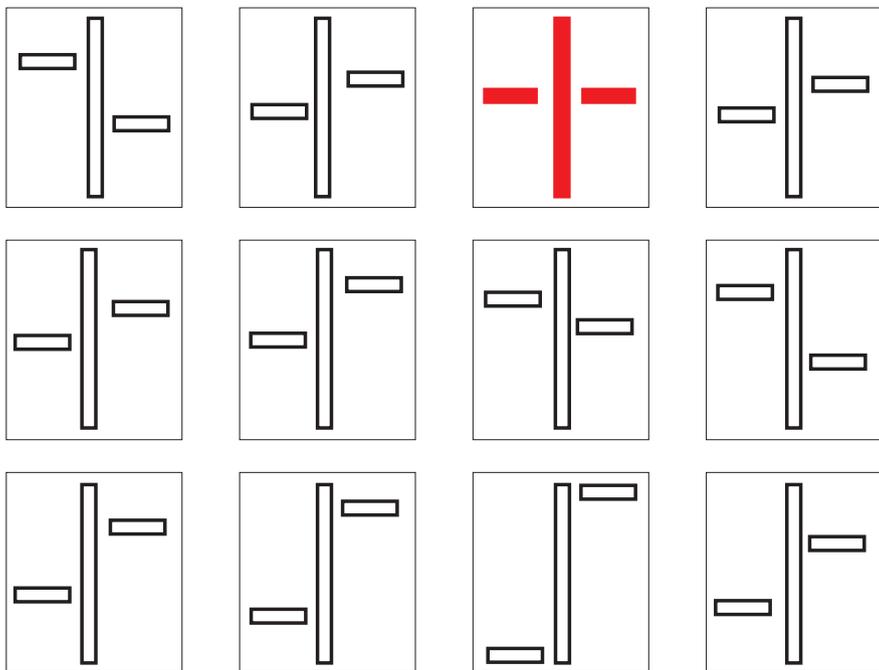


El estatuto jurídico de los padrastros

Nuevas perspectivas jurídicas

Silvia Tamayo Haya



Colección Scientia Iuridica

SILVIA TAMAYO HAYA

EL ESTATUTO JURÍDICO
DE LOS PADRASTROS
NUEVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS



Madrid, 2009

© Silvia Tamayo Haya
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Peciadados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1548-5
Depósito Legal: Z. 176-09
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Fotocopiar ilegalmente la presente obra es un delito castigado
con cárcel en el vigente Código penal español.

A mis padres

ÍNDICE

1. LA REDEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL TERCERO ANTE LAS NUEVAS REALIDADES SOCIALES	11
2. LA RECONSTRUCCIÓN DE NUEVAS FAMILIAS Y LA AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO LEGAL.....	17
3. LA RESPUESTA OFRECIDA POR EL DERECHO COMPARADO	35
3.1. EL RECONOCIMIENTO DE UN ESTATUTO PROPIO AL STEPPARENT EN EL ORDENAMIENTO INGLÉS	36
3.1.1. El reparto de responsabilidades conducente a la pluriparentalidad: mecanismos	37
a) La adopción	37
b) Orden judicial o acuerdo formal	42
c) Orden de residencia	43
3.1.2. Los derechos del stepparent tras la disolución de la familia. El nombramiento de tutor tras la muerte del padre custodio	53
3.1.3. Sobre la obligación de mantenimiento del stepchild	57
3.2. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PADRASTROS EN EL EJERCICIO DE LA AUTO-	

RIDAD PARENTAL CUANDO ÚNICAMENTE ES EJERCIDA POR UN PADRE EN DINAMARCA Y LOS PAÍSES BAJOS ..	59
3.3. EL PADRASTRO COMO AUXILIAR DEL PADRE EN EL MARCO DE LOS DEBERES QUE IMPONE EL MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA EN ALEMANIA Y SUIZA	65
3.4. LA AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS DIRIGIDAS AL BEAU-PARENT EN DERECHO FRANCÉS: LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA JURÍDICA REGULADORA DE LOS TERCEROS	76
3.4.1. Medios legales que otorgan prerrogativas a los padres durante la vida en común ..	78
a) Los problemas suscitados por la adopción y el reconocimiento de complacencia.....	79
b) La participación del padrastro en la educación y mantenimiento del niño	84
3.4.2. Tras la disolución de la pareja por separación o fallecimiento	95
a) En caso de separación involuntaria: ejercicio de la autoridad por decisión judicial; derecho de visita; designación como tutor	96
b) En caso de separación voluntaria: el desconocimiento de los vínculos cuasi familiares y el derecho de visita de los terceros; la participación del padrastro en el mantenimiento del niño tras la separación.....	98
3.4.3. Sobre la oportunidad de creación de un estatuto jurídico para los padrastros. Últimas propuestas	110
3.5. LAS DIFICULTADES DEL DERECHO ITALIANO	120
3.5.1. Familia legítima	120
a) Relaciones entre los nuevos cónyu-	

ges: la influencia del nuevo matrimonio o convivencia more uxorio en la asignación de la casa familiar	120
b) Relaciones entre los nuevos cónyuges y los hijos nacidos de la unión anterior: lo insatisfactorio de la adopción y del instrumento negocial	123
3.5.2. Familia recompuesta de hecho	127
3.5.3. El establecimiento de filiación natural a través del reconocimiento de complacencia	128
3.5.4. Delegación de la patria potestad	128
3.6. CONCLUSIÓN	129
4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA	137
4.1. UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL TAMBIÉN EN ESPAÑA, CARENTE DE UNA ADECUADA RESPUESTA NORMATIVA	137
4.2. EL MARCO NORMATIVO BÁSICO	141
4.3. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE ESTAS NUEVAS SITUACIONES	149
4.4. SU POSIBLE ENCAJE EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS CLÁSICAS	154
4.4.1. Durante la vida en común	154
a) Los problemas de la adopción y de las técnicas de reproducción asistida	154
b) Reconocimiento de complacencia	171
c) Derechos y deberes entre el cónyuge no progenitor y su hijastro	174
d) La obligación de mantenimiento	183
4.4.2. Disolución de la familia recompuesta por separación o fallecimiento	186
a) Separación involuntaria	186
b) Separación voluntaria: el derecho de visita	188
5. BIBLIOGRAFÍA	201

1. LA REDEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL TERCERO ANTE LAS NUEVAS REALIDADES SOCIALES

La incuestionable dinamicidad del Derecho de familia se pone de manifiesto con las tendencias más recientes que revelan el paso de la rigidez de los esquemas típicos hacia una mayor elasticidad, admitiéndose la convivencia del modelo tradicional de familia con otros nuevos modelos familiares que se han ido desarrollando e imponiendo progresivamente (parejas de hecho del mismo o diferente sexo; personas divorciadas, muchas veces con hijos, que vuelven a casarse o emparejarse; etc.) y que exige un papel activo del Estado con el fin de otorgar una igual protección a todos ellos que garantice el adecuado cumplimiento de las funciones familiares.

Estos cambios sociales traen como consecuencia que aparezcan con fuerza nuevos sujetos que se sitúan al lado de aquellos familiares que tradicionalmente se han hecho cargo del menor. La

consecuencia fundamental será una necesaria redefinición de la figura del tercero y su reconocimiento como titulares de la responsabilidad parental (los conocidos como *stepparents*¹, los padres biológicos no legales, nuevas parejas de alguno de los padres, homosexuales o no, etc.).

A la hora de concretar quienes son estos titulares de la responsabilidad parental los EEMM no mantienen una postura unánime. Son muchas las disparidades existentes en materias como la regulación de las parejas de hecho, inscritas o no, o la orientación sexual de cualquiera de sus miembros y, en particular, el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales.

Así parece haberlo entendido el legislador comunitario al promulgar el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual, al referirse a los titulares de la responsabilidad parental, entendida ésta como el conjunto de dere-

¹ El término *step-parents*, como el de *step-children* o *step-families*, se utiliza en el ámbito anglosajón en relación con las familias en las que una persona está casada o cohabita con otra que es el padre con la custodia de un hijo habido de una unión anterior de éste. A este respecto Rogerson, *The child support obligation of step-parents*, *Can. J. Fam. Law*, 2001, pp. 9 ss.; F. Goldscheider y S. Sassler, *Creating stepfamilies: integrating children into the study of union formation*, *Marriage Fam.*, n.º 68, 2006, pp. 275-291.

chos y deberes ligados al cuidado del niño, alude a «cualquier persona» (art. 2.8)². El fin no es otro que poder albergar todas las hipótesis contempladas en los distintos Estados, preservando las todavía existentes divergencias culturales y legislativas³.

La diferencia entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental conduce a interpretar «cualquier titular» como todo sujeto que ejerce dicha responsabilidad, pudiendo recaer dicho ejercicio sobre un gran número de personas dependiendo de la amplitud concedida en cada ordenamiento, mientras que la atribución de la titularidad suele ser más estricta al corresponder, por lo general, a los padres desde el nacimiento del niño (con independencia de que estén casados o no) o a la madre en solitario de un hijo, dependiendo de las legislaciones.

Ello se corresponde, a su vez, con la actual tendencia europea favorable a ampliar los derechos de

² El Reglamento 1347/2000 tan sólo contemplaba al hijo matrimonial y a sus progenitores, pero no aclaraba si quedaban englobadas las instituciones o particulares que pudieran tener la guarda o la custodia del hijo. Con el nuevo Reglamento se aspira a enmendar los errores entonces cometidos y a regular todos los derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades generados en torno a la protección del niño, con independencia de la categoría de éste (matrimonial o no, etc.), y sobre todo, de quién sea el titular de tal protección.

³ Sobre un análisis detallado de esta materia vid. Espinosa Calabuig, Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Marcial Pons, 2007, pp. 23, 108.

visita y contacto a los familiares del niño distintos de sus progenitores, en particular a los abuelos⁴. En esta línea se sitúa el Convenio europeo sobre relaciones personales concernientes a los niños, aprobado el 15 de mayo de 2003 en el seno del Consejo de Europa (en vigor desde el 1 de septiembre de 2005), el cual alude a las «relaciones personales» del niño en referencia a aquellas personas con las que éste mantiene «vínculos familiares» más allá, por tanto, de sus padres⁵. Nueva-

⁴ Ver el repaso por la jurisprudencia de los principales países europeos efectuado por F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998, pp. 177 y ss.

⁵ La *Convention on Contact concerning Children* admite la posibilidad de que el niño mantenga relaciones con personas diferentes a sus padres. Así, invoca en su Preámbulo la necesidad de «preservar las relaciones personales entre los niños y sus padres, y con otras personas que tengan lazos familiares con los niños, de acuerdo con el art. 8 de la Convención de Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950»: Incluye una definición de «relaciones personales» que comprende: a) la estancia del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) todas las formas de comunicación entre el niño y esa persona; y c) toda comunicación de información relativa al menor, a esa persona, o a la inversa». Se refiere a las relaciones entre un hijo y sus padres el art. 4, y dedica el art. 5 a las «relaciones personales entre un niño y personas distintas de sus padres»: «1. Dejando a salvo el interés superior del niño, pueden establecerse relaciones personales entre éste y personas distintas de sus padres que tengan con él lazos de familia. 2. Los Estados Partes pueden extender esta disposición a personas distintas de las mencionadas en el parr. 1, en cuyo caso podrán decidir libremente los tipos de relaciones personales que

mente en este punto, la cuestión será dilucidar el alcance de los posibles titulares de tales derechos, más allá de los familiares habituales.

Con todo, la entrada en escena de estos nuevos sujetos nos lleva a plantear la posibilidad de una paternidad múltiple o quasi-paternidad. Habitualmente, la hostilidad o aversión social y jurídica a esta circunstancia ha llevado a su no reconocimiento. Es por ello que, en primer lugar, haya que calibrar el posible reconocimiento de más o menos derechos a un padre «no legal» a partir de la relación especial que éste mantiene con el menor y con el padre legal o si, por el contrario, sea más conveniente mantener el binomio tradicional padre/no padre. En este punto el número de potenciales titulares de tales derechos dependerá de la amplitud concedida en cada ordenamiento y aquí radican las mayores diferencias. En segundo lugar, cómo caracterizar a estos terceros (extraños, «quasi-padres», «near-parents», o simplemente como partes con un interés en el niño), siendo en muchos casos necesario el consentimiento del padre legal para esta categorización. Así como, examinar los modos en que se puede dar reconocimiento institucional y legitimidad a tales núcleos.

Las nuevas teorías en torno a la figura del tercero, tienden, según algunos autores, a reafirmar

deben aplicarse»: Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2.^a ed., Dykinson, 2007, p. 261.

las relaciones tradicionales padre-hijo, pero extendiendo las categorías a sujetos que actúan como un padre o asumen alguna función parental, al margen de los padres legales. Aunque todavía es escaso el reconocimiento de sus derechos como terceros parece fundamental el análisis de la influencia que tengan sobre el interés del menor⁶.

⁶ Espinosa Calabuig, Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, ob. cit., p. 20.

