

**De la relación fáctica a la categoría jurídica:  
La figura del padrastro y madrastra**

**Francisco Rivero**

---

El autor es Abogado de la Universidad de Valladolid, y Doctor en Derecho  
de la Universidad de Zaragoza  
Es ex catedrático de la Universidad de Barcelona.

---

# DE LA RELACIÓN FÁCTICA A LA CATEGORÍA JURÍDICA: LA FIGURA DEL PADRASTRO Y MADRASTRA<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. De la Sociología al Derecho

En junio de 1979 se celebró en Upsala un Congreso sobre el tema *Family living in a changing Society*. Con especial referencia a la entonces y allí llamada “familia de hecho”, aludían los sociólogos a tres fases en su evolución. En la primera es considerada como un *deviant phenomenon*, un fenómeno desviado, combatido por la moral social, calificado por los juristas como alegal o ilegal, y a veces perseguido; en una segunda fase tiende a ser aceptado por una mayoría (*period of change and acceptance*); y en una tercera fase deviene una institución social (*social institution*) y, en el plano jurídico, es legalizada, tipificada como institución jurídica<sup>2</sup>.

Pienso que cabría extender esa evolución y calificación a otras instituciones que fueron primero meras situaciones fácticas antes de devenir relaciones jurídicas legalizadas de una u otra forma. También a la figura social del *Step parent*, en terminología anglosajona. En efecto, uno de los casos y relaciones fácticas más frecuentes, tras la crisis de la pareja y en las familias reconstituidas, que han accedido recientemente a la calidad o categoría de institución jurídica, es la del hijo *in potestate* respecto del cónyuge (o conviviente *more uxorio*) de su padre o madre. Para ese supuesto y protagonistas nuestra terminología al uso (más social que jurídica) emplea los términos de *padrastro* y *madrastra* e *hijastro(a)*. Y la realidad y problemática a que pretende atender es aquella que plantea, por ejemplo, el adolescente que responde al padrastro que le corrige con un “tú a mí no me digas nada”, “no me corrijas, no tengo que obedecerte”, “tú no eres nada mío”. ¿No hay “nada”, ciertamente, entre esa persona que convive a diario con los hijos de su cónyuge y contribuye a criarlos y educarlos?; ¿qué es lo que

---

<sup>1</sup> El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

<sup>2</sup> Cfr. FRANCESCHELLI, V., “La famiglia di fatto. Da deviant phenomenon a istituzione sociale (A proposito di un recente Convengo)”, *Il Diritto della famiglia e delle persone*, 1980-2, pp. 1261 y ss.

legítima jurídicamente las muchas decisiones que deba adoptar el padrastro a lo largo de esa convivencia en el mismo hogar? Esa es la cuestión que traigo a su consideración.

Si la evolución del Derecho, en términos generales, se produce de forma paralela y un tanto asincrónica respecto de la evolución social –porque el Derecho es un *posterius*, una superestructura normativa respecto de la propia realidad social, a la que sirve–, los cambios legales tienen lugar a veces a trompicones, en forma de saltos temporales cuyos ritmos son imprevisibles y, frente a inercias incomprensibles, surgen aceleraciones legislativas igualmente notables. La motivación es varia; con frecuencia supone un ascenso de ciertas relaciones de hecho, alegales, a relaciones e instituciones jurídicas<sup>3</sup>. Hay una nota curiosa: como si se tratara de una maduración simultánea en diferentes lugares, hay problemas sociales y cuestiones concretas que son abordadas por los legisladores de distintos países casi al mismo tiempo, o con muy poca distancia temporal. Las soluciones tampoco difieren mucho.

Ello ha ocurrido varias veces con ocasión de reformas profundas en Derecho de Familia en la segunda mitad del siglo XX (crisis matrimonial, filiación, patria potestad, protección de menores), y no ha mucho en relación con la figura del *step parent* anglosajón, a la que han prestado atención y dado reglas nuevas algunos ordenamientos europeos en los primeros años del siglo XXI: en 2001 los Derechos alemán y holandés, en 2002 la británica *Adoption and Children Act*; en menor medida la ley francesa de 2 marzo 2003, y en 2003 en Bélgica; y otros ordenamientos. También en España: la aragonesa Ley 13/2006, de 27 diciembre, sobre Derecho de la persona (art. 72), y ahora el libro II del Código Civil de Cataluña (arts. 236-14 y 236-15).

## II. DELIMITACIÓN DE CUESTIONES, Y DE LOS PROTAGONISTAS

### 1. Problemas que la situación plantea

Si la mayor parte de los conflictos ordinarios derivados de esa convivencia en las familias reconstituidas se van resolviendo de forma que no requirió la atención de los legisladores y que no suelen llegar ante los tribunales, hay otras que vienen

<sup>3</sup> Cfr. CARBONNIER, J., “L’hypothèse du non-droit”, en *Flexible droit*, París, 1969, p. 20 y s. (Derecho flexible, trad. esp. de Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, p. 33 y ss.).

preocupando a los juristas<sup>4</sup>. Apunto ahora sólo algunos problemas –también en derecho es más importante ver los problemas que dar soluciones, tan aleatorias a veces–: ¿qué facultades y quizá obligaciones tiene el padrastro o madrastra, si alguna, respecto del hijastro?; ¿qué puede hacer el primero en caso de ausencia más o menos prolongada del progenitor del menor?; ¿qué papel juega en esa situación y contexto el otro progenitor que no convive con el menor: quedan desplazadas o suspendidas algunas de sus funciones, o las comparten, y en qué medida, los tres (progenitores y padrastro/madrastra)? ¿Qué ocurre cuando termina el matrimonio, en especial por muerte del progenitor custodio? ¿Es asimilable la situación del conviviente en pareja estable a la del casado con el progenitor del menor?

Hay más problemas en cuanto a esas situaciones, *de lege ferenda* –que se han planteado otros ordenamientos antes de regular–: la oportunidad de regulación, a qué tipo de padrastro/madrastra y de relaciones iría dirigida (requisitos y situaciones concretas), con qué alcance, intereses en juego, su valoración (en particular el del menor) y forma de acceso al plano jurídico, así como los criterios que tomar en consideración. No cabe desestimar otra opción: si fuera mejor dejarlo como mera realidad fáctica y con solución puntual a los problemas que se generen en casos concretos. Pero ¿cuáles son las normas y criterios para dar solución a los problemas ordinarios? Las cuestiones apuntadas son sólo las más notorias; hay varias más, algunas con diversas variantes.

## 2. Protagonistas: de qué padrastro y madrastra se trata

Aunque padrastrros y madrastras (y, consiguientemente, hijastros) hubo siempre, su actualidad jurídica y los problemas aludidos han adquirido especial relevancia

---

<sup>4</sup> Véase, entre otros, MADDOX, B., *Step-Parenting*, Unwin Paperbacks, 1980; MASSON, J., “Old Families into New: A status for Step-Parents”, en *State, Law ad Family* (edit. Freeman), Tavistock, 1984, cap. 14; SOSSON, J., “The legal status of Step-Families”, en EEKELAAR y SARCEVIC (dir.), *Parenthood in Modern Societies. Social and Legal Challenges for the Twenty-First Century*, London-Boston, 1993; WARDLE, L.D., “The evolution Rigths and Duties of Step-Parents making New Rules for New Families”, y AGELL, A., “Step-Parenthood and Biological Parenthood. Competition or Cooperation”, en EEKELAAR y SARCEVIC, *Parenthood in Modern Societies*, cit.; MAHONEY, M., *Step-Families*, Michigan University Press, 1994; GOLDS-CHEIDER y SASSLER, «Creating Step-Families: integrating Children into the study of union formation», *Marriage and Family Law*, núm. 68 (2006), pp. 275 y ss.; FULCHIRON, H., “Le droit français face au phénomène des recompositions familiales”, en MEULDERS-KLEIN y THERY, *Quels repères pour les familles recomposées*, Paris (L.G.D.J), 1995; autores y trabajos varios en MEULDERS-KLEIN y THERY (dir.), *Les recompositions familiales aujourd’hui*, Paris (Nathan), 1993. En la literatura jurídica española, véase GARRIGA GORINA, “Les relations paterno-filials de fet”, R.J.C., 2005-1, pp. 9 y ss.; y TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastrros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009.

(social y jurídica) con ocasión de las llamadas “familias reconstituidas”. Cuyo aumento (porque también las hubo siempre) ha sido importante con la proliferación del divorcio y como consecuencia de la evolución social y de costumbres, que ha propiciado que aquella “reconstitución” de la familia sea al margen del matrimonio, institucionalizada la pareja estable en nuestro sistema jurídico. Ese incremento y pluralidad de variantes ha traído problemas jurídicos nuevos.

Declino referirme con algún detenimiento a las familias reconstituidas en general, no obstante su interés, por ser ampliamente tratadas y con importante bibliografía nacional y sobre todo foránea (véase nota 4), pero creo necesario hacer ciertas observaciones por lo que aquí interesa –con lo que excluyo *a priori* las familias sin hijo(s) de alguno de los miembros que la “recomponen”–: *a*) en la familia reconstituida tras divorcio va a tener notable relevancia a nuestros efectos (posibles interferencias) la existencia del progenitor no custodio del ahora hijastro –problema que no se presenta en el caso de segundo matrimonio tras el fallecimiento del otro cónyuge–; *b*) las familias bi-nucleares, en que cada uno de los que la recomponen aporta sus propios hijos, con lo que los conflictos de cada lado no se suman sino que se multiplican; *c*) la familia reconstituida amplia (la *blended family* anglosajona), en cuyo seno circulan los hijos de una casa a otra y cuya composición (y problemática) variará para cada uno de ellos en función de la posición y situación respectiva de los progenitores y de los padrastros<sup>5</sup>.

Determinar el (concepto de) *padrastro* –opto ya por este único término, que engloba también su femenino para no repetirlo continuamente duplicado con los dos géneros– exige una doble delimitación:

a) Aunque para el hijo menor de edad lo es también el cónyuge del progenitor no custodio –así, en la acepción filológica y social–, aquí interesa sólo el consorte del progenitor a quien se ha confiado la guarda del hijo, con quien convive. En el caso de que haya guarda compartida tal relación se da con cada uno de los cónyuges de uno y otro progenitor (durante el tiempo de guarda del hijo por éstos). Puede haber lugar a padrastros sucesivos en los supuestos de matrimonio - divorcio - (nuevo) matrimonio que se sucedan durante la minoría de edad del hijastro.

b) En la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos hay que considerar también padrastro, a los solos efectos que he anunciado, al conviviente no casado en pareja estable con el progenitor del menor: su asimilación creciente en efectos al matrimonio permiten aquella equiparación. Así en algunos ordenamientos

<sup>5</sup> Sobre las cuestiones anteriores, cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Paris-Bruxelles, 1999, p. 398-390.

(Alemania, Holanda, Reino Unido), y en el Código Civil de Cataluña.

Creo que no deben tener idéntico tratamiento –el de “padrastró” que ahora abordo, y en el contexto familiar dicho– la persona que tiene una relación pasajera, aunque haya convivencia (no estable), con el progenitor del hijo menor y, por tanto, con éste. Tampoco respecto de las personas que tengan una relación afectiva de otra clase con ese progenitor –pariente o amigo que conviva con él por la causa o título que fuere–, o con el propio menor (la madrina o la tía que lo crió durante diez años). Para tales supuestos habría sólo una mera relación de hecho, cuyos problemas se resolverán según las reglas generales. Resulta así que es presupuesto de la relación jurídica padrastró-hijastro en que pienso, que el primero conviva con el hijo de su cónyuge o compañero(a). Cuestión problemática es si esa convivencia debe ser anterior, y durante cuánto tiempo; y si el efecto jurídico de referencia se produce automáticamente con el matrimonio o situación de pareja estable; si la guarda (jurídica) del progenitor es con patria potestad en exclusiva y suspensión de la del otro progenitor del menor; así como la influencia que deba tener la voluntad personal del progenitor guardador y del padrastró, y en su caso la del otro progenitor (no custodia). A ello han dado diferentes respuestas los ordenamientos que han abordado esta cuestión.

### 3. Vías legales propuestas para otorgar un *status* jurídico al padrastró

En vista de los escasos efectos jurídicos que los ordenamientos de nuestra área cultural conceden al cónyuge o conviviente del que tiene hijos propios, respecto de éstos, han propuesto los juristas y empleado algunos padrastró ciertos medios legales para acceder a una posición y relación jurídica que les garantice un *status* (facultades, deberes, obligaciones legales) respecto de los hijastros durante la minoría de edad de éstos y convivencia juntos. Esos instrumentos legales han sido, fundamentalmente, la *adopción* y el *reconocimiento* por el padrastró del hijo o hijos de su consorte o pareja estable. Ambos tienen, sin embargo, serios inconvenientes.

A) *La adopción*. La forma o medio legal más fácil y directo de crear una relación jurídica que genere la de potestad paterna es la adopción por el padrastró, a la que algún ordenamiento jurídico reconduce esta cuestión como único mecanismo viable y ortodoxo<sup>6</sup>. Presenta la adopción, sin embargo, algunos problemas serios: puede acarrear la ruptura de los lazos jurídicos con la familia biológica (incluido el otro

---

<sup>6</sup> Véase una amplia referencia relativa a varios ordenamientos europeos en BOELE-WOELKI y otros, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Antwerpen-Oxford (Intersentia), 2007, p. 69.

progenitor), lo cual es grave; exige unos requisitos precisos y un procedimiento largo en teoría y más a veces en la práctica –aun facilitada casi siempre esa adopción por el cónyuge del progenitor-; necesidad de aprobación por la autoridad correspondiente (la judicial casi siempre). Todo lo cual (requisitos formales, procedimiento) desincentiva la elección de ese medio jurídico como hábil para dotar de una potestad paterna al padrastro.

Hay, además, un inconveniente mayor: la adopción sólo es apta para quien quiera asumirla responsablemente y esté dispuesto a convertirse en padre o madre del adoptado, relación jurídica compleja que afecta a otras personas próximas al adoptante (derechos sucesorios, alimentos) y se prolongará después de la etapa de convivencia de ese adoptante con el progenitor del adoptado (por irrevocable y difícil impugnación de la adopción); razones que harán pensar sobre la conveniencia de dar ese paso para resolver los problemas inmediatos de la etapa *in potestate* del hijastro. La adopción es, pues, un medio desproporcionado respecto de los fines pretendidos y poco útil, en general, sobre todo en la práctica, para resolver las cuestiones de constante referencia.

B) *El reconocimiento voluntario por parte del padrastro*. Más fácil desde el punto de vista formal, dada la ausencia de requisitos de fondo (relación biológica) con que en general lo contemplan los ordenamientos que lo admiten (sobre todo, los latinos), sin otro control que el consentimiento del progenitor conocido (o del representante legal del reconocido, según legalidades), tiene el reconocimiento voluntario como primer inconveniente su limitación a los supuestos en que el hijo que reconocer no tenga progenitor equivalente al reconocedor, con lo que resulta ser un medio inepto para las familias reconstituidas a partir de la separación o divorcio de los progenitores del menor, casos numéricamente mayoritarios en nuestra sociedad actual. Pero por tratarse de un reconocimiento no veraz, de complacencia, tiene jurídicamente los inconvenientes de los de esa clase, lastrado como está de una nulidad intrínseca y abierto a la impugnabilidad en cualquier momento y (verosímilmente) por cualquier interesado (cfr. art. 216 Código Civil de Chile), lo que lo hace muy vulnerable personal y jurídicamente, perjudicial para el menor y abiertamente desaconsejable en todos los terrenos (ético, social, jurídico), por más que sea todavía frecuente el reconocimiento de complacencia en la realidad diaria. No es, desde luego, solución legal para los problemas que pretendía resolver, ni puede aconsejarlo un ordenamiento que lo califica *a priori* como acto directamente impugnabile cuando no nulo *ab initio*. El reconocimiento de complacencia no sólo es, pues, poco útil sino casi siempre más pernicioso como conflictivo que los problemas que pretende resolver.

### III. SOLUCIONES DADAS EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS. NOTICIA BREVE

A esa relación y problemas han respondido algunos ordenamientos por medio de modificaciones legislativas que han introducido un régimen especial para el padrastro con distintos presupuestos, requisitos y efectos. A ellos dedicaré enseguida atención por cuanto han sido en alguna medida precedente y modelo de la regulación homóloga en derecho catalán que justifica este trabajo. Pero creo conveniente dejar antes una mínima constancia de cómo abordan dicha relación los ordenamientos que no la han regulado de forma directa, entre los que se encuentra nuestro Código Civil.

#### 1. El padrastro en los ordenamientos que no regulan su posición jurídica

En algunos países la relación y obligaciones del mero padrastro con los hijos de su consorte se circunscriben a las propias de la economía doméstica del matrimonio, sin reflejo alguno en el orden personal. Por lo que se refiere al Código civil español, véase el art. 1362-1º, que pone a cargo de la sociedad de gananciales “la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando vivan en el hogar familiar”, y demás. Para el derecho navarro, en términos parecidos, cfr. ley 84.1-1º Compilación, y concord.; en derecho catalán, véase artículo. 4.2 Código de Familia y ahora el 231-5 del Código Civil de Cataluña (“son cargas familiares los alimentos, en el sentido más amplio, de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges”); cfr. también ley aragonesa 2/2003. No difieren de ese criterio los Códigos Civiles italiano y portugués, aunque menos concretos.

En el derecho suizo el padrastro no tiene autoridad paterna, pero cada esposo está obligado a asistir y ayudar a su cónyuge de forma adecuada para el cumplimiento de su obligación de mantenimiento de los hijos nacidos antes del matrimonio (art. 278.2 Código Civil), con idéntica obligación de colaboración en el ejercicio de aquella autoridad respecto de los hijos de uno de ellos y de representar al consorte cuando las circunstancias lo exijan (art. 299); deberes esos que derivan del de asistencia recíproca entre esposos (art. 159.3). La doctrina suiza comenta que el reparto de papeles entre los cónyuges puede comprender, por regla general, la transferencia de ciertos poderes al padrastro<sup>7</sup>; lo que autores recientes interpretan como una “responsabilidad parental limitada”, esencialmente un derecho a ejercerla<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Véase ampliamente en HEGNAUER, C., *Droit suisse de la filiation et de la famille*, Berna (Staempfli), 1990, p. 133-134 y 166.

<sup>8</sup> Cfr. *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, cit., p. 71, con cita

Más original es el Derecho sueco, en que la obligación de contribución del marido-padrastra al mantenimiento del hijastro es no sólo subsidiaria respecto de los progenitores de éste, sino también complementaria en la medida que pueda asegurar un suplemento de bienestar al situar a todos los hijos en pie de igualdad en su hogar; obligación aquella respecto del hijastro que sólo alcanza mientras viva con él<sup>9</sup>.

En Francia y Bélgica, cuyas normas sobre contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares eran hasta recientes reformas muy generales, sin referencia a los hijos de uno solo de los cónyuges, los tribunales franceses han considerado el mantenimiento del hijastro como carga del matrimonio, y la *Cour de Cassation* belga ha dicho que la contribución a las cargas del segundo matrimonio comprende los gastos de mantenimiento del hijo de la segunda esposa<sup>10</sup>.

En Estados Unidos de América la pluralidad de legislaciones estatales impide presentar criterios generales; pero en algunos estados se permite que se extienda la *parental responsibility* a personas distintas de los progenitores en interés del hijo, con cierta referencia al *step parent*<sup>11</sup>. Por su lado, el prestigioso *American Law Institute* ha presentado unos *Principles of the Law of family dissolution* entre los que el número 2.18 prevé que los tribunales puedan conceder (*custodial responsibility*) al padre *de facto* (persona distinta del padre legal, que durante al menos dos años ha vivido con el niño y de acuerdo con el padre/madre legal ha mantenido con él una relación paterno-filial), salvo oposición de este último si es apto y quiere asumir esa responsabilidad.

## 2. Soluciones legales recientes a los problemas que plantea esta relación

En general, los ordenamientos latinos se han mostrado renuentes a conferir al padrastra un *status* jurídico con alguna potestad próxima a la paterna o materna; en ocasiones, aun sin referencia directa a él, sería incluíble entre las “otras personas” a quienes excepcionalmente se puede confiar un menor: (i) así, en Francia tras la ley 2002-305, de 4 marzo, bajo la fórmula de la delegación voluntaria por los

---

de HAUSHEER-ACHERMANN.

<sup>9</sup> Cfr. AGELL, A., “Step-Parenthood and Biological Parenthood. Competition or Cooperation”, loc. cit., p. 414 y ss.

<sup>10</sup> Véase FULCHIRON, H., “Le droit français face au phénomène des recompositions familiales”, loc. cit., pp. 127 y ss.; y MEULDERS-KLEIN, M. T., *La personne, la famille et le droit*, cit., p. 399.

<sup>11</sup> Cfr. GARRIGA GORINA, “Les relations paterno-filials de fet”, loc. cit., p. 20.

progenitores a favor de un “tercero digno de confianza” (que puede ser el padrastro), aprobada por el juez, delegación que es considerada como ejercicio de la autoridad parental, que siguen conservando aquéllos; (ii) o cabrá atribuirle, junto a un progenitor, todas o parte de las funciones inherentes a la potestad parental si hay un lazo efectivo entre el menor y ese tercero, y éste se ha ocupado efectivamente del primero durante más de dos años ininterrumpidos (Bélgica).

En cambio, en otros países europeos ha habido reformas legales dirigidas a otorgar un estatuto jurídico y funciones parentales limitadas y controladas al padrastro. Me parecen más interesantes las ya anunciadas de Alemania, Holanda y el Reino Unido, de las que daré noticia breve para compararlas con las introducidas en nuestro país por los derechos aragonés y catalán; y en menor medida, otras legislaciones<sup>12</sup>.

### 2.1. Alemania

El legislador alemán aprovechó la “Ley para acabar con la discriminación de las parejas del mismo sexo: parejas registradas” (la *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*, entrada en vigor el 8 agosto 2001) para introducir el § 1687 b BGB y regular la posición jurídica del padrastro. Limita esa norma la situación y efectos que establece a la del cónyuge del progenitor del hijastro, y precisamente al progenitor que ostente en exclusiva la potestad paterna. Para tal supuesto autoriza a ese cónyuge-padrastro, “con el acuerdo del que ostenta la patria potestad exclusiva, a tomar decisiones en asuntos de la vida diaria del hijo” (apart. 1); y en caso de peligro inminente del hijo está también autorizado a representarlo tomando todas las medidas jurídicas necesarias para el bienestar del hijo, debiendo informar inmediatamente al progenitor (apart. 2). La jurisprudencia alemana ha ampliado el supuesto de hecho del § 1687 b-1 (matrimonio) a la convivencia en pareja estable no casada, y la *Lebenspartnerschaften Gesetz* [LPartG] lo ha extendido a las parejas homosexuales (§ 9).

Esas facultades o competencias concedidas *ex lege* al padrastro –la “patria potestad limitada” o *Kleines Sorgerecht* de la doctrina alemana<sup>13</sup>–, han creado problemas de interpretación, tanto por lo que concierne a su naturaleza como

<sup>12</sup> Amplia información respecto de otros países europeos, en Principles of European Family Law regarding parental responsibilities, cit., pp. 69 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. SCHWAB, D., Familienrecht, Munich (Beck), 2003, num. 604. “Eingetragene Lebenspartnerschaft – ein Überblick”, FamRZ, 2001, pp. 385 y 394.

respecto de los “asuntos (o decisiones) de la vida diaria del hijo”. El § 1687.1 BGB considera como tales los que, en general, se dan con frecuencia y no son negativos ni irreversibles para el desarrollo del hijo<sup>14</sup>. Tanto los comentaristas de aquel párrafo como la jurisprudencia exigen que el progenitor tenga en exclusiva la potestad sobre el hijo, lo que ha dado lugar a distintas interpretaciones de esa exclusividad<sup>15</sup>, y que haya convivencia del padrastro con el hijastro; carece de sentido, dicen los comentaristas, si la convivencia termina. Por otro lado, el juzgado de familia puede limitar o excluir esas facultades si lo requiere el bienestar del hijo (§ 1687 b; en el mismo sentido, el § 9.3 LPartG).

El § 1687 b.1 habilita al padrastro a actuar en los términos vistos “de acuerdo con el progenitor que tiene la guarda exclusiva”. Ese acuerdo o consentimiento del progenitor, que algunos consideraron como vinculante, es interpretado por la mayoría con menos rigor: no supone restricción de la potestad del progenitor con quien convive, en caso de desacuerdo debe imponerse la opinión y decisión del mismo<sup>16</sup>; y el juzgado de familia puede limitar las facultades *ex* § 1687 b.1 BGB en interés del hijo.

Las normas aludidas no prevén qué ocurra en caso de fallecimiento del progenitor o de divorcio de la pareja. Como las facultades del padrastro se extinguen desde el momento que los cónyuges viven separados definitivamente (§ 1687 b.4), concluye la doctrina alemana que termina su relación con el hijastro, y que sólo habrá lugar a la obtención de relaciones personales si convienen al hijo según las reglas generales (§ 1685)<sup>17</sup>.

## 2.2. Derecho holandés

A diferencia del reconocimiento *ex lege* de las facultades del padrastro del BGB, el Código holandés optó en 2001 (Ley de reforma de 4 octubre 2001, entrada en vigor el 1 enero 2002) por la solución judicial, de forma que sólo por este

<sup>14</sup> Cfr. BRUDERMÜLLER, en PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, ed. 2005, § 9.

<sup>15</sup> Para cierto sector doctrinal la potestad exclusiva se daría incluso en casos de potestad conjunta cuando un progenitor tenía derecho exclusivo para decidir en materias de la vida diaria antes del matrimonio o situación de pareja registrada o como resultado de acuerdo o de decisión judicial (BRUDERMÜLLER, *op. loc. cit.*). Para otros ese requisito significa que los padres no tienen potestad o responsabilidades conjuntas.

<sup>16</sup> Cfr. BRUDERMÜLLER, *op. loc. cit.*

<sup>17</sup> El § 1685 BGB las prevé para las personas próximas al menor que han asumido una responsabilidad material con el mismo (alimentos), que la ley presume si han convivido “largo tiempo”.

conducto pueden obtenerse. El art. 1.253 del Código civil holandés establece que el progenitor que ejerza autoridad parental y la persona que tenga una “relación personal próxima” con el menor hijo de aquél pueden pedir al Juzgado, de común acuerdo, que se declare que ambos tienen el ejercicio conjunto de la potestad parental. Si ha quedado establecida la filiación con el progenitor no custodio, el tercero solicitante tiene que haber cuidado al menor durante un año y el progenitor custodio tiene que haber ejercido la potestad de manera exclusiva durante al menos tres años. El juez puede desestimar la petición si la atribución de la potestad al no progenitor perjudica al menor, a cuyo efecto deberá ser oído éste si tiene doce o más años. La atribución judicial de ese ejercicio conjunto de la potestad tiene efectos jurídicos para el no progenitor, como alternativa a la adopción: deviene titular de la potestad parental, y queda obligado a prestar alimentos al menor, incluso hasta los 21 años. La potestad atribuida al *step parent* es modificable en interés del menor si cambian las circunstancias. El mismo régimen jurídico se aplica a la pareja no casada registrada, sin distinción de sexo; excepcionalmente y bajo especiales condiciones el juez puede conceder responsabilidad parental al conviviente en pareja no registrada.

Concedida esa potestad conjunta, si se produce el divorcio o ruptura de la pareja no casada, el juez puede atribuir su ejercicio individual al ex cónyuge o ex compañero si lo justifica el interés del menor. En caso de fallecimiento del progenitor su *partenaire* actuará como una especie de tutor o guardador automáticamente; pero el otro progenitor puede pedir al juez que le conceda la patria potestad si le cree capacitado.

### 2.3. Reino Unido

La *Children Act* de 1989 ya preveía que el *step parent* podía obtener *parental responsibility* por medio de una *residence order* (sólo así), prescindiendo de que hubiera una relación formalizada o no con el progenitor del menor<sup>18</sup>. La *Adoption and Children Act* de 2002 ha modificado la *section 4*, introduciendo la 4A (*Acquisition of parental responsibility by step parent*), que determina: (i) que cuando el progenitor de un menor con responsabilidad parental sobre éste se casa con una persona que no lo es del niño, ese progenitor o los dos, si el otro tiene también esa responsabilidad, pueden acordar con el *step-parent* que éste la tenga sobre aquel menor; y (ii) que el tribunal puede, a petición del *step-parent*, concederle *parental responsibility*

<sup>18</sup> Véase la *section 12(2)* de la *Children Act* de 1989; y CRETNEY-MASSON, *Principles of Family Law*, 5ª ed., London (Sweet and Maxwell), 1990, p. 511.

respecto del menor. No la adquiere, por tanto, de forma automática, sino por esos procedimientos, y está condicionada a la convivencia con el menor e interés de éste. Lo mismo se aplica a la pareja no casada. El *step parent* puede adoptar las decisiones ordinarias relativas a la vida del niño mientras dura la convivencia y la *residence order*, con autonomía y sin necesidad de consultar al progenitor, sin que ello afecte a las relaciones personales del menor con su progenitor no custodio; pero no puede dar el consentimiento para la adopción del menor por otro, ni autorizar un cambio de nombre o el nombramiento de *guardians* (*section 12*). El tribunal puede concretar en la *residence order* las facultades del *step-parent*, y forma de ejercicio, así como eliminar luego las limitaciones de las facultades transferidas por los progenitores o por el juez. Este es la máxima garantía de la defensa del interés del menor.

## 2.4. Derecho aragonés

Este derecho autonómico ha sido el primero español en regular la posición jurídica del padrastro, con precedentes históricos, algunos lejanos, desde su derecho histórico al Apéndice foral de 1925. Interesan ahora otros más próximos: la Compilación de 1967, la ley 3/1985 que la modificó, y la Ley autonómica 13/2006, de 27 diciembre, de derecho de la persona<sup>19</sup>.

El artículo 72 de esta ley establece de forma automática el *status* de padrastro, a diferencia de su homólogo artículo 9.3 de la Ley de 1985, que lo subordinaba a que así lo pidiera el cónyuge del progenitor del menor, el cual no podría negarla (interpretación de DELGADO ECHEVERRÍA); pero resulta más restrictivo que en aquella norma al limitar el *status* del padrastro al cónyuge “del único titular de la autoridad familiar” sobre el menor –lo que exige privación o suspensión de esa autoridad del otro progenitor, si existe, o que no lo haya–, con lo que se evitan los conflictos en el ejercicio de esa potestad con el otro progenitor –por ello fue criticado el artículo 9.3 de 1985–. Mantiene el presupuesto del matrimonio, con lo que deja fuera las familias reconstituidas por convivencia en pareja estable

<sup>19</sup> Véase sobre esos antecedentes, con amplia información, y cumplido comentario de estas normas, en DUPLÁ MARÍN, T., “La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice foral de 1925 al art. 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona”, R.C.D.L., núm. 717 (enero 2010), pp. 68 y ss. También respecto de la legalidad anterior, DELGADO ECHEVERRÍA, J., coment. art. 9 Comp. 1985, en Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón (dir. Lacruz Berdejo), Zaragoza, 1988, pp. 436 y ss. Por su parte, el art. 9.3 Comp. 1985 decía: “Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa”.

(que regula, por cierto, la ley autonómica 6/1999), muy frecuentes en nuestra realidad social. En cuanto al contenido dice que ese cónyuge “*comparte* [con el progenitor] el ejercicio de dicha autoridad”, semejante al “participará” de la Ley de 1985; pero hay que destacar que esa participación –no verdadera titularidad propia, sino legitimación para compartir su ejercicio– comprende todo el de la autoridad familiar, no sólo en lo relativo a las decisiones en asuntos de la vida ordinaria del menor o en casos de riesgo inminente (del Derecho alemán y el catalán), lo que amplía notablemente el ámbito de actuación. Por otro lado, desaparece la posibilidad (que preveía el artículo 9.3 de la Ley de 1985) de petición a la junta de parientes o al juez que exonere, con justa causa, de la autoridad del padrastro; lo cual no impedirá solicitar a la autoridad judicial su suspensión o privación cuando concurra causa legal suficiente y en interés del menor según las reglas generales. Y se recupera la previsión (de la Compilación de 1967) de que mantenga la guarda del hijastro tras el fallecimiento del progenitor, también sometida a control judicial.

## IV. UNA REGULACIÓN RECIENTE. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

### 1. Justificación de su regulación

Esta cuestión no está regulada en el Código civil español. La ha recogido el Código civil de Cataluña en su recentísimo libro II (Persona y familia), de julio de 2010, en sus artículos 236-14 y 236-15<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Dice el art. 236-14 [Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la custodia del hijo o hija]: “1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria.- 2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor.- 3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de lo que ha de informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este informará de ello al otro progenitor”. Art. 236-15 [Atribución de la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable (sic)]: “1. Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de manera exclusiva, el otro progenitor la recupera.- 2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las otras responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos: a) que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; b) que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo que establece el art. 211-6.- 3. El cónyuge o conviviente del

En la fase prelegislativa se planteó en primer lugar la cuestión de su oportunidad (si convendría regularlo), problemas que ello comportaba y criterios con que abordarlo. Los principales interrogantes se referían a: a) requisitos exigibles al padrastro/madrastra para obtener el *status* que se acordara: si lo obtendría con el solo matrimonio (o convivencia en pareja estable) con el progenitor o si debería preceder un tiempo de convivencia con el menor que demostrara su recíproca aceptación en el trato personal y la estabilidad de su situación familiar; b) si ese *status* jurídico derivaría *ope legis* del supuesto de hecho de que se partiera, o de un acuerdo de la pareja casada (o no) conviviente, o de una decisión judicial, y a petición de quién; c) si el progenitor del menor debería ser titular de la guarda exclusiva; d) papel e intervención del otro progenitor en la concesión de ciertas competencias al padrastro, y si aquél podía vedarlas o restringirlas, o solicitar su limitación o extinción (y en qué casos); e) el contenido de dicha relación jurídica, y facultades y obligaciones que resulten para el padrastro, así como el ejercicio, alcance temporal y revisabilidad; f) papel y posición de este último tras la ruptura de la convivencia con el progenitor del menor, en función de la causa de esa cesación (sólo por muerte del progenitor), otras posibles causas de extinción de la relación, alternativas que considerar y relación que puedan tener uno y otro tras la extinción. No planteó ninguna duda incluir, como presupuesto personal básico, la situación de pareja estable no casada, regulada en derecho catalán (llevada al libro II como institución familiar) con un régimen muy próximo al del matrimonio.

Ante tal problemática, el derecho catalán –para cuya regulación se han tomado en consideración los ordenamientos extranjeros antes aludidos, en especial el alemán y el holandés– ha optado por establecer un régimen cuyos efectos se producen *ex lege*, automáticamente, a partir del matrimonio o relación de pareja estable (solución alemana), que limita la exigencia de guarda exclusiva del progenitor al momento de su muerte y para la continuidad de la relación del padrastro con el menor (solución holandesa); concede al primero de éstos una “participación” en la toma de decisiones sobre asuntos ordinarios del hijastro (solución alemana y aragonesa), con prevalencia de la opinión y decisión del progenitor respecto de la del padrastro (jurisprudencia alemana); y regula la situación en que queda este último a la muerte del primero (con aproximación al régimen del Código holandés).

---

progenitor difunto a quien no corresponda la guarda de acuerdo con el apartado 2, si el interés del hijo lo justifica, puede pedir a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre que haya convivido con el menor durante los dos últimos años”.

## 2. Hipótesis. Presupuestos

Del supuesto de hecho de la norma que comento interesan dos cuestiones: las hipótesis (casos) en que puede darse, con sus variantes, y los presupuestos que deben concurrir.

A) *Hipótesis*. El Código catalán contempla dos, que vengo citando (a diferencia del derecho aragonés): el matrimonio del padrastro o madrastra con el progenitor (que llamaré A) del menor; y la pareja estable no casada, asimilada al matrimonio. En una y otra situación puede ocurrir: (i) que exista el otro progenitor (lo llamaré B) del menor, bien por divorcio o separación respecto del ahora casado o conviviente con el padrastro, o porque, sin mediar matrimonio o pareja estable, ese menor era legalmente hijo de aquél; (ii) que no exista ese progenitor B, sea por ser único padre o madre jurídicamente determinado el progenitor A, o por haber fallecido el primero (y viudo el segundo).

A su vez, en cada una de esas situaciones el progenitor A, casado o en pareja estable, puede tener la guarda del hijo él solo o tratarse de guarda compartida. En este segundo supuesto puede complicarse el juego de relaciones recíprocas por la presencia más activa del progenitor B en tanto que custodio en forma o periodos alternos, o todavía más si se casa o empareja también, con lo que va a haber dos padrastrros o madrastras funcionales respecto del mismo menor.

B) *Presupuestos*. Además del básico o primario del matrimonio o pareja estable—sólo éstas, no otras situaciones, como dije—, son necesarios estos otros:

a) *Convivencia de esa pareja*: me refiero a la convivencia matrimonial o la *more uxorio* de la pareja estable, sin otra especificidad. No se opone a ese concepto jurídico el que no sea diaria, y aun que los dos miembros tengan domicilio separado si esto se produce en términos que no impidan aquella calificación. En Derecho catalán no se exige que tal convivencia venga precedida de una relación anterior entre ellos o con el hijastro; basta la ordinaria del matrimonio o de la pareja estable.

b) *Convivencia del padrastro con el hijastro*: es un tipo de convivencia en familia, ordinariamente en un hogar o domicilio familiar compartido; pero también cuando el menor reside accidental o temporalmente en otro lugar, internado en un centro docente durante el curso escolar o con otros familiares. No basta, pues, que haya un padrastro (situación y calificativo que se da por el mero matrimonio o pareja con el progenitor) para que se dé el supuesto de hecho de los efectos que estudio, sino que es necesario (imprescindible) que conviva con el hijo de su cónyuge o compañero(a).

c) Que el progenitor A tenga la *guarda del menor-hijastro*: basta la guarda ordinaria, con la potestad parental correspondiente (no cabe una guarda jurídica sin esa potestad, aun limitada). El art. 236-14.1, en su redacción definitiva, alude a “que *en cada momento* tiene la guarda”, sibilina expresión añadida que, innecesaria, sólo puede significar que no deje de tenerla el progenitor en cada ocasión en que el padrastro deba tomar decisiones para lo que se le legitima. No se dice, en cambio, que sea la suya una “guarda exclusiva” (al modo del derecho alemán), con potestad parental exclusiva. El artículo 236-15.1 Código Civil la contempla con esa expresión sólo en cuanto a la situación y medidas subsiguientes al fallecimiento de dicho progenitor; pero no creo que se trate de dos hipótesis diferentes (guarda exclusiva o no), sino de una misma situación con doble denominación. La guarda de referencia puede ser, aun no exigida, con potestad parental única (varias hipótesis, antes apuntadas) o compartida (caso más frecuente) si no está suspendida o privada al progenitor B.

### 3. Posición jurídica de padrastro durante la convivencia con el progenitor

#### 3.1. Naturaleza

Durante la vigencia del matrimonio o pareja estable el artículo 236-14.1 concede al padrastro “derecho a *participar* en la toma de decisiones sobre asuntos de la vida diaria del menor” mientras convivan los tres. De esa expresión y del régimen todo que establece se deduce que no hay una “potestad parental” del padrastro, no es titular de una función institucional, sino que éste *participa* de la guarda que compete al progenitor custodio en la toma de ciertas decisiones relativas al hijastro. Aunque es de difícil calificación jurídica esa posición del padrastro, creo que se aproxima a la de ejercicio de una “patria potestad limitada” –la *Kleines Sorgerecht* de la doctrina alemana–, con mayor peso del adjetivo que de la potestad, que no es en puridad. El padrastro sólo comparte parcialmente algunas competencias del progenitor guardador, que no todas, y aun esa “participación” está condicionada tanto en su vigencia como en su ejercicio (en caso de discrepancia prevalece el criterio del progenitor). La norma de referencia le legitima para tomar decisiones que afectan a la vida diaria del menor; pero no más.

#### 3.2. Contenido

El artículo 236-14 C.C. distingue en este punto dos situaciones: la ordinaria, relativa a los “asuntos de la vida diaria” del menor, y la de “riesgo inminente para el menor”. Hay otras situaciones no previstas a que habrá que atender.

A) *Asuntos de la vida diaria del menor*: El ámbito de legitimación que ese precepto concede al padrastro es en lo relativo a la toma de decisiones sobre asuntos de la vida ordinaria del menor, y en ello *participa* respecto de las que competen al progenitor guardador, titular, con quien las comparte. Comprende ordinariamente sólo los asuntos que afectan al ámbito personal, no al patrimonial (salvo situación excepcional); y, como en derecho alemán para idéntico caso y norma, cabe entender como “asuntos de la vida diaria” los que, como regla general, se dan con frecuencia y que no tienen efectos negativos ni difícilmente irreversibles para el desarrollo del hijo<sup>21</sup>: por ejemplo, los de crianza y cuidado habitual, educación (en sentido amplio: también impedir que vea un programa de televisión) y corrección en lo menester.

Sin duda, los tribunales pueden variar esas competencias del padrastro en interés del menor (así en los derechos alemán y holandés), a petición del progenitor custodio o del otro; verosímilmente, también a petición del propio hijo, con justa causa. También por acuerdo de la pareja puede configurarse el contenido de la participación del padrastro en la toma de decisiones mencionada –no hay cesión de titularidad de una función familiar, sino la legitimación aludida–, con tal de que las del padrastro no excedan de las que competen al progenitor A, ni haga éste así dejación de las suyas.

B) *Riesgo inminente para el menor*: En este caso el padrastro puede adoptar las medidas *necesarias* para el bienestar del menor, informando de ello a su cónyuge o conviviente sin demora; y éste al otro progenitor. Ese término indica que a este efecto las medidas que adoptar serán más amplias y quizá más graves que en el caso anterior, pueden exceder de las decisiones y asuntos relativos a la “vida ordinaria”: sus coordenadas son sólo la necesidad perentoria y el interés del menor. Aunque el artículo 236-14.3 dice que “*puede* adoptar” esas medidas, creo que constituye también un deber legal (no sólo ético), una especie de derecho-deber típico de ciertas incumbencias familiares. De “riesgo inminente” será la situación en que el menor corre un peligro actual o lo hay de que se produzca si no se toma una decisión inmediata sobre la que no cabe consultar o recabar el consentimiento del progenitor guardador; el acto o decisión que tomar no admite dilación sin grave perjuicio para el menor (por ejemplo, en caso de accidente o urgencia sanitaria). Esa decisión, acto o medidas tendrán eficacia frente a tercero (deuda nacida,

---

<sup>21</sup> El § 1687 BGB [Ejercicio de la potestad conjunta en caso de vida separada] dice: “Son decisiones en asuntos de la vida diaria aquéllas que, como regla general, se dan con frecuencia y que no tienen efectos negativos ni difícilmente irreversibles para el desarrollo del hijo”. El Preámbulo de la ley del libro II C.C. menciona a ese respecto “las relaciones con los educadores, la atención a las necesidades ordinarias y otras determinaciones que afecten al menor y en las que, a menudo, está involucrado materialmente”.

compromiso asumido) al estar legitimado legalmente el padrastro en los mismos términos y alcance que el progenitor. El criterio para decidir este último será el beneficio o interés del menor, a concretar en cada caso y circunstancias.

La información o dación de cuenta de la decisión adoptada a su consorte o conviviente será a la brevedad posible, “sin demora”, lo que supone apelar a criterios de oportunidad y razonabilidad; y será por un medio hábil a ese efecto, sin esperar a la presencia física del mismo; no requiere, por supuesto, forma determinada. A su vez, y dado que las medidas “necesarias” que adopte el padrastro pueden ser importantes –creo que sólo para ese caso–, el progenitor custodio tiene que informar de ellas al “otro progenitor”, en congruencia con lo que dispone el artículo 236-12.1 C.C. La eficacia del acto y decisión urgente del padrastro, incluso frente a tercero, no depende de esa información, cuyo alcance queda limitado a la relación interna progenitor-padrastro, y luego entre progenitores.

C) *¿Obligaciones concretas del padrastro?* Del régimen específico que para este caso establece el artículo 236-14 C.C. no surge ninguna obligación concreta del padrastro: su posición jurídica no crea parentesco legal; esa norma no le confiere una función familiar con los derechos y obligaciones correspondientes, sino que le habilita para realizar eficazmente los actos mencionados. No surgen, pues, obligaciones legales nuevas –el Código holandés, en cambio, impone la de alimentos–; las que tienen apariencia de tal no son sino ese aspecto de derecho-deber que tienen casi todos los de naturaleza familiar. En sentido estricto sólo le incumben las obligaciones propias de su posición en la familia en que se integra, las legales del levantamiento de las cargas en matrimonio (art. 231-6 C.C.) o las pactadas para su convivencia en pareja estable (art. 234-3.1). El hijastro no tiene derecho a exigir alimentos “entre parientes” (no lo son) ni derechos sucesorios respecto del padrastro. Tampoco constan los deberes que competan al hijastro: serán los mismos que le afectan respecto de su progenitor con quien convive en cuanto a las decisiones que adopten, que debe respetar y cumplir.

D) *Situaciones marginales.* Me refiero, bajo esta expresión, a situaciones no contempladas en los artículos 236-14 y 236-15 (sólo prevén la de muerte del progenitor) que pueden presentarse durante la convivencia de la pareja: sustancialmente, la imposibilidad de ejercicio de la guarda por el progenitor a que fue conferida, y la de su terminación o privación de la potestad parental sobre el menor.

Pues bien: dado que el *status* y competencias legales del padrastro van referidas a su relación matrimonial o convivencial con el progenitor “que tiene la custodia” del menor, y sólo legitimado para *participar* en algunas de las que competen a ese progenitor, en el caso de que éste quede imposibilitado fáctica o legalmente (grave

enfermedad, ausencia, incapacitación), o sea privado de la custodia o de la potestad parental, decaerá aquella posición jurídica del padrastro, no puede “participar” en la toma de decisiones del progenitor (facultad que éste ha dejado de tener o ejercer). Verosímilmente –y no es seguro– podrían aplicársele por analogía las previsiones del número 4 de aquel artículo, a que aludiré.

Si la situación marginal se presenta de improviso, sin que haya habido tiempo para la adopción de las medidas legales que correspondan en su caso (cambio de custodia, por ejemplo), podrá (y deberá) el padrastro tomar las medidas pertinentes en interés del menor, las que le permite el artículo 236-14.3 (riesgo inminente).

### *3.3. Ejercicio de esas facultades y competencias*

Como se trata del ejercicio compartido de (parte de) la potestad parental que tiene el progenitor custodio, el esquema funcional debe ser semejante al del ejercicio conjunto de aquella potestad (art. 236-8 C.C.), aunque no idéntico por su diferencia –en este último caso hay doble titularidad; en aquél sólo una–. El padrastro puede actuar de forma individual y autónoma, con decisión propia –no tiene que consultar o pedir autorización al progenitor–, como copartícipe y colaborador de este último. Tampoco tiene que actuar de acuerdo con ese progenitor, de quien puede disentir<sup>22</sup>, sino que lo hace con criterio personal y bajo su responsabilidad, con la sola consecuencia de que prevalezca el del primero en caso de desacuerdo. Esta prevalencia supondrá, si se trata de decisión menor (por ejemplo, si el hijastro no va un día al cine) o no se ha ejecutado la decisión del padrastro, que se imponga lo que decida, en sentido distinto, el progenitor. Pero si se trata de un acto consumado cuya eficacia alcanza a tercero, surtirá efecto (dada la legitimación legal de aquél) y sus consecuencias serán exigibles. La dejación sin efecto, a instancia del progenitor (que quiere imponer su criterio), será a costa de éste. Al padrastro sólo le es exigible, en el ejercicio de sus competencias, que actúe razonablemente y de buena fe, buscando el bienestar (o interés) del menor y de acuerdo con su personalidad (art. 236-2 C.C.). En otro caso puede incurrir en responsabilidad, igual que el titular de la guarda o en el ejercicio de la potestad parental en idéntico supuesto –en tanto que acto ilícito, por contrario a derecho–, y puede ser suspendido o privado de su “derecho a participar...” por el juez, a petición del guardador del menor y del otro progenitor; incluso del menor (art. 236-3.2).

<sup>22</sup> Acuerdo que sí exige, en cambio, el § 1687-b.1 del BGB, lo que ha planteado problemas entre sus comentaristas: cfr. SCHWAB, D., “Eingetragene Lebenspartnerschaft – ein Überblick”, FamRZ, 2001, pp. 385 y 394.

### 3.4. Posición jurídica del otro progenitor (no guardador)

Quizá la cuestión más conflictiva sea la del papel que desempeñe el “otro progenitor” del hijastro (el B), que no tiene la custodia, pero puede conservar la potestad parental si no está suspendida o privada (infrecuente en nuestra realidad judicial). Cabe preguntarse –y ha preocupado en Derecho alemán ante homóloga situación<sup>23</sup>– si la presencia del padrastro interfiere, y hasta qué punto y consecuencias, la posición jurídica de ese progenitor. En principio se puede afirmar que no la modifica: su estatuto jurídico ya había dejado de ser el habitual de progenitor con potestad parental (ordinaria) una vez que se le ha privado de la guarda, asignada al otro; el padrastro sólo *participa* de algunas de las facultades y competencias del guardador, sin afectar (en general, y mientras convivan todos los miembros de la familia reconstituida) al régimen y facultades del progenitor no custodio. Pero en la realidad resultará que la presencia del padrastro debilita la posición del padre no custodio, un tanto desplazado.

En defecto de previsión legal o convencional (hasta donde esto sea posible) se aplicarán las normas generales: hay que suponer que seguirá ostentando la potestad parental para aquellas cuestiones que exceden de los asuntos de la vida diaria del menor (éstas ya competían al progenitor guardador, ahora casado o en pareja estable), y, en consecuencia, su posición y facultades serán, en el caso de familia reconstituida y con presencia del padrastro, las mismas que tenía respecto del hijo y del progenitor custodio antes de casarse éste y aparecer aquél: conservará su régimen de relaciones personales con el hijo, deberá contarse con él con ocasión de hechos muy relevantes para el hijo (en materia de salud, educación y otras) y para la emancipación del menor. No puede negarse a ese progenitor no custodio pero *cum potestate* –en el marco de esa misma potestad (cfr. art. 236-3.2)– que pueda pedir al juez la suspensión o privación de las competencias del padrastro si hay motivos suficientes y en interés del menor, sobre todo. No menos problemas pueden surgir en el caso de custodia compartida de los dos progenitores –el núm. 1 del art. 236-14 no lo excepciona–, si los dos pasan a nuevas nupcias o conviven en pareja estable: los padrastrros pueden ser dobles.

---

<sup>23</sup> En vista de las objeciones a la Kleines Sorgerecht de la doctrina alemana desde un punto de vista constitucional, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado que las facultades concedidas al cónyuge del progenitor custodio no interfieren el derecho constitucionalmente reconocido al otro progenitor (no custodio) por el art. 6.2 de la G.G., ya que se considera que los derechos de aquél ya estaban previamente limitados en virtud de la decisión judicial que había atribuido el ejercicio exclusivo de la potestad a su cónyuge (cfr. BVerfG 29 enero 2003, en NJW, 2003, 2245 y 2250).

La existencia de ese “otro progenitor” adquiere especial relevancia y determina importantes consecuencias jurídicas en el caso de fallecimiento del guardador del hijo, y situaciones asimilables, que paso a examinar.

#### **4. Situación resultante a la muerte del progenitor custodio del hijastro**

A la muerte del progenitor que tenga atribuida la custodia exclusiva del hijo, la recupera, en principio, el otro progenitor (privado de ella) (art. 236-15.1). Pero si el interés del hijastro lo requiere, el juez, con informe del Ministerio fiscal, puede atribuir excepcionalmente la guarda y las otras responsabilidades parentales al padrastro si se cumplen los siguientes requisitos: que este último haya convivido con el menor; y que se escuche al otro progenitor y al menor. Plantea varios interrogantes: a) quién pueda o deba solicitar la atribución de la guarda al padrastro –pues es dudoso que el legislador piense en una actuación de oficio del juez, aunque lo permitiría el artículo 236-3 C.C.–: yo creo que pueden solicitarlo el padrastro (lo preveía el Proyecto) y el hijastro (cfr. art. 236-3.2); verosíblemente, el Ministerio fiscal en su informe, si encuentra motivos suficientes; b) el requisito de la convivencia del padrastro con el menor, que desde el Anteproyecto se había fijado en tres años y que ahora no se concreta: yo creo que no puede bastar un tiempo mínimo, y que debe quedar ahora a discreción del juez, que conjugará ese dato con el interés del menor, otra vez de la máxima relevancia; c) si la audiencia del “otro progenitor” es razonable en ese trámite judicial –también otras personas, en su caso; el juez podrá recabar, si lo estima pertinente, otras pruebas y elementos de juicio para mejor decidir–, parece innecesaria la mención como requisito específico de la audiencia del menor, que ya lo dispone el artículo 211-6 C.C., norma imperativa, y sería imprescindible aunque no apareciera aquí citado de nuevo.

Resulta de todo ello que la situación jurídica del padrastro no tendrá continuidad respecto de la convivencia y competencias que tuvo mientras vivía el progenitor ahora fallecido, porque el inicialmente no custodio recuperará la guarda –de cuyo ejercicio no participará ya el padrastro–, salvo decisión judicial, y la conservará mientras este último solicita y obtiene del juez la custodia a que alude la norma. Ese cambio fáctico y jurídico, con indefinición temporal, puede ser nocivo para el menor, lo que creo que podría y debería evitar el juez con justa causa y en beneficio del mismo.

Para este supuesto requiere aquella norma que el progenitor A tuviera la custodia del hijo “de manera exclusiva”; expresión que, como en otros ordenamientos, pudiera significar custodia con potestad parental exclusiva (es decir, que la tenga suspendida o privada el otro progenitor); interpretación, sin embargo, poco verosímil, porque

daría poco juego en nuestra realidad social y porque resulta incongruente con la inmediata recuperación de la custodia por ese “otro progenitor”. Y si bien fuera razonable que haya una situación diferenciada y esa exigencia mayor para este caso –porque va a permitir al padrastro solicitar y obtener una custodia acompañada de funciones correspondientes a la potestad parental, no ya una mera participación en la toma de decisiones–, deja irresuelto el más frecuente de custodia “no exclusiva” –si fuera diferente de aquélla, que no creo–. Para tal supuesto y tesis cabe sugerir dos soluciones: a) la de considerar inaplicable a esta segunda custodia la norma del artículo 236-15 –porque no se adecua al supuesto de hecho de ésta (*inclusionis unius, exclusionis alterius*)–, y, por tanto, no tendrá el padrastro la opción de solicitar para sí la custodia aludida y demás consecuencias; y b) la de aplicar a ese caso también esa regla, siquiera sea por analogía, para lo que no faltarán argumentos que lo justifiquen –más *in concreto* que en un plano general–; el principal, el del interés del menor, requisito y razón fundamental para la solicitud de la custodia de referencia. De esas dos soluciones me parece más justa y razonable la segunda, por los problemas que comporta la interpretación de “custodia exclusiva” y su presentación práctica, y porque la relación padrastro-hijastro y el interés de éste no varía sustancialmente según haya exclusividad o no.

En el caso de que prospere la petición de padrastro de custodia del menor, por acompañada de las funciones propias de la potestad parental, quedará sometida la potestad del progenitor sobreviviente (B) en su ejercicio ordinario a un régimen semejante al que tenía cuando vivía el progenitor custodio. Ello comportará que, salvo que por otro motivo (anterior o actual) fuera privado o suspendido ese progenitor de dicha potestad, deberá participar en la adopción de decisiones importantes y graves respecto del hijo menor de edad (las antes mencionadas para el supuesto básico), como en el ordinario ejercicio de la guarda.

Por su lado, si el padrastro no obtiene la custodia mencionada, puede solicitar del juez la concesión de relaciones personales con el menor “siempre que haya convivido con el menor durante los dos últimos años” (art. 236-15.3 C.C.). Me parece innecesaria y desafortunada esta norma y exigencia: (i) *innecesaria* porque la concesión de esas relaciones personales estaba cubierta suficientemente por el artículo 236-4.2 C.C., como “persona próxima” al hijastro (que lo es, sin duda), y con el contenido resultante de la aplicación de ese precepto (sólo si concurre una “justa causa”, que habrá que probar, le serán denegadas); (ii) *desafortunada*, porque para obtener tales relaciones, justificadas fundamentalmente en el interés del menor –parámetro único de su concesión, contenido y régimen– no es necesario que haya convivido con el padrastro durante los dos últimos años –¿cómo se contarían?: no puede ser obstáculo el tiempo que dure el procedimiento judicial de denegación de la guarda y luego de petición de relaciones personales, durante

el cual el hijo convivirá con el “otro progenitor”–; la exigencia de esa convivencia mínima me parece arbitraria e incongruente con el régimen general del instituto en el artículo 236-4 C.C.

El artículo 236-15 se refiere únicamente a la muerte del progenitor conviviente. ¿*Quid* en caso de divorcio? Parece que habrá mera extinción del estatuto de padrastro, cuyo presupuesto principal decae por la ruptura de la convivencia; no se aplicará la regla prevista para el fallecimiento, pero sí puede haber lugar a la petición de relaciones personales recién aludidas. Solución general parecida –pienso– para el supuesto de imposibilidad (no momentánea) o incapacidad de aquel progenitor A (inicialmente custodio): el padrastro sólo puede asumir decisiones urgentes; la solución a largo plazo será similar a la del caso de muerte.

## 5. Extinción del *status* del padrastro/madrastra

El artículo 236-14 C.C. nada dice al respecto, pero es evidente que deba terminar ese *status* al cesar la convivencia del padrastro con el progenitor del hijastro, desaparecido el requisito principal del supuesto de hecho de dicha norma –así, expresamente, en el párrafo 1687 b-4° BGB–. También (idéntica razón legal), si se disuelve o separa el matrimonio o la pareja estable. Más dudoso es si cabe la *renuncia* del padrastro a su estatuto jurídico<sup>24</sup>, yo creo que sí es renunciable, ya que la ley no le concede en el caso ordinario una función parental propia (que sería indisponible), sino que lo legitima para “participar” en ciertas competencias (que no en todas) de su cónyuge o conviviente. Mas esa renuncia afectará sólo, obviamente, a lo que tiene para él de facultad (de “participación”); no le liberará de su contribución al levantamiento de la carga familiar en cuanto al hijastro que conviva con él, con otra justificación legal –a que aludí en otro momento–; tampoco a la obligación que le alcanza de adopción de medidas de protección inmediata del mismo en caso de grave urgencia o necesidad (que excede de las que prevé y le autoriza el art. 236-14.3).

<sup>24</sup> Respecto del derecho aragonés bajo el régimen de la ley de 16 mayo 1985, se discutió sobre la renunciabilidad por el padrastro de su facultad. Frente a la tesis de MERINO HERNÁNDEZ, que considera irrevocable e irrenunciable el *status* de aquél (Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dir. Albaladejo), t. XXXIII, 1º, Madrid, 1987, pp. 212 y ss.), entiende GARCÍA CANTERO, G., que es renunciable, tanto inicialmente como durante su ejercicio (“El derecho de la persona en la Compilación Aragonesa”, Libro Homenaje a Jesús López Medel, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, t. I, p. 331).

Cabe también la *extinción por decisión judicial*: unas veces para constatar con las debidas garantías la producción de una de las causas de extinción aludidas –y para hacerla efectiva, si el padrastro se opone a la terminación de su estatuto jurídico–; otras por la aparición de una justa causa: mala conducta del padrastro, incompatibilidad con el menor unida al interés de éste, reiterados desacuerdos entre padrastro y progenitor en la adopción de decisiones, lo que es muy pernicioso para la educación del menor y contrario a su interés. Verosímilmente, también por acuerdo del progenitor custodio y el padrastro (supone una forma de conjugar la renuncia de éste con el consentimiento de aquél). Estarán legitimados para solicitar aquella extinción el progenitor conviviente (A), el “otro progenitor” (B), y el propio hijastro, quien puede dirigirse al juez en el mismo sentido al amparo del artículo 236-3.2 C.C., antes citado; también, por supuesto, el padrastro si quiere verse relevado formalmente de la competencia que la ley le confiere (en la inteligencia aludida para la renuncia). El criterio más importante de la decisión judicial, además de la causa legal de extinción, será otra vez el interés del menor.