

## FAMILIAS RECOMPUESTAS Y DERECHO DE SUCESIONES: UNA POSIBLE PROPUESTA DE REGULACIÓN<sup>1</sup>

Vincenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato  
Università di Roma «La Sapienza»

---

TITLE: *Recomposed families and inheritance law: A possible proposal for regulation*

RESUMEN: El artículo analiza el fenómeno de las familias recompuestas, es decir, las formadas por cónyuges o convivientes (homosexuales o heterosexuales) e hijos de al menos uno de ellos, nacidos de una relación anterior. Partiendo de esta premisa, se señala que la relación entre los miembros de la pareja, que requeriría algunos cambios, especialmente en lo que respecta a los derechos de sucesión, está regulada esencialmente por el ordenamiento jurídico, mientras que la relación entre el cónyuge o la pareja de hecho del progenitor y la hija o el hijo es casi irrelevante. En esta perspectiva, el trabajo propone dar relevancia a esta relación paterno filial, reconociendo la importancia del papel del progenitor afín, distinguiendo entre el progenitor afín de hecho y el progenitor reconocido. Por ello, se propone cuál podría ser la regulación de ambas figuras, también en lo que se refiere a las relaciones hereditarias. En el fondo está la cuestión de la multiparentalidad, que requiere una verdadera revolución copernicana por parte de los juristas.

ABSTRACT: *This article analyses the phenomenon of recomposed families, i.e., those formed by spouses or partners (homosexual or heterosexual) and children of at least one of them, born from a previous relationship. On this premise, it is pointed out that the relationship between the partners, which would require some changes, especially about inheritance rights, is essentially regulated by the legal system, while the relationship between the spouse or partner of the parent and the child is almost irrelevant. In this perspective, the paper proposes to give relevance to this parental relationship, recognizing the importance of the role of the step-parent, distinguishing between the de facto step-parent and the recognized step-parent. For this reason, it is proposed what the regulation of both figures could be, also with regard to inheritance rights. At the heart of the matter is the question of multi-parenthood, which requires a true Copernican revolution on the part of jurists.*

PALABRAS CLAVE: Madre; Padre; Progenitor afín; Multiparentalidad; Relación de filiación; Derecho sucesorio; Legitimario; Sucesor legítimo; Sucesión intestada.

KEY WORDS: *Mother; Father; Related parent; Multiparentality; Parental relationship; Succession law; Heir entitled to a reserved portion; Legal successor; Intestate succession.*

SUMARIO: 1. REPENSAR EL CONCEPTO DE FAMILIA. 2. FAMILIAS RECOMPUESTAS O ENSAMBLADAS. 3. FAMILIAS RECOMPUESTAS: LA RELACIÓN ENTRE LOS MIEMBROS DE LA NUEVA PAREJA. 3.1. *Matrimonio y derechos sucesorios.* 3.2. *Pareja de hecho y derechos sucesorios.* 4. FAMILIAS RECOMPUESTAS: LA RELACIÓN ENTRE LA HIJA O EL HIJO Y EL CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO DEL PROGENITOR. 4.1. *La relación entre la hija o el hijo y el cónyuge o la pareja de*

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Convocatoria de 2019.

*hecho del progenitor (el llamado progenitor afín). 4.2. El progenitor afín: una posible propuesta. 4.3. Hija o hijo afín y derechos sucesorios. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.*

---

## 1. REPENSAR EL CONCEPTO DE FAMILIA

Los profundos cambios sociales de los últimos cincuenta años, junto con las reformas legislativas que han erosionado el paradigma de la familia burguesa del siglo XX, exigen un replanteamiento de la familia, de las relaciones paternofiliales y, en consecuencia, del sistema sucesorio, que históricamente ha encontrado en las relaciones familiares no sólo una base de aplicación sino también un fundamento justificativo.

El modelo de familia tradicional basado, sobre todo en los países con mayor influencia del Derecho canónico, en el matrimonio, la indisolubilidad, la heterosexualidad y la bilateralidad<sup>2</sup> ha sufrido una progresiva e imparable erosión, hasta el punto de que en casi todos los ordenamientos jurídicos actuales ya no constituye el modelo de familia único o prevalente.

Las etapas de este importante fenómeno son esencialmente las mismas, aunque no se han desarrollado con la misma intensidad y las mismas soluciones en los distintos países europeos.

En primer lugar, cayó el dogma del matrimonio, mediante el reconocimiento primero en la jurisprudencia y, en algunos países, también en la legislación de la familia de hecho. Casi al mismo tiempo, ha caído el dogma de la indisolubilidad, a través de la introducción del divorcio, con el añadido de que, en muchos Estados europeos, también se ha producido una sustancial desjudicialización y simplificación del procedimiento de disolución del matrimonio. Más recientemente, de diferentes maneras, y gracias al fuerte impulso de la regulación europea, también ha caído el dogma de la heterosexualidad, a través de la introducción, en las legislaciones más progresistas, del llamado matrimonio igualitario<sup>3</sup> y en las legislaciones más conservadoras a través de la previsión de un modelo de familia alternativo para las

<sup>2</sup> ESPADA MALLORQUÍN, Susana, «El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2009, Nº 12, p. 16, «en España, el estudio de la evolución de las relaciones familiares revela que durante mucho tiempo se presentaba a la familia como una convivencia basada en el matrimonio, indisoluble, heterosexual y con una finalidad esencialmente reproductora. En la actualidad, esta imagen familiar ha cambiado».

<sup>3</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

parejas del mismo sexo<sup>4</sup>. Sin olvidar que todavía hay varios países europeos que lamentablemente se niegan a reconocerlo<sup>5</sup>, dejando las relaciones familiares homosexuales en el llamado modelo de familia de hecho, cuando incluso no está prohibido. Por último, la bilateralidad se mantiene, aunque de forma cansina, aunque muchas experiencias extranjeras, entre ellas la de las familias polígamas<sup>6</sup> y poliamorosas<sup>7</sup>, han obligado a replantearse y, en todo caso, han planteado un problema de reconocimiento de estas complejas relaciones familiares, especialmente en los casos en los que la afirmación o la negación de los derechos de las personas dependía de ello: no sólo cuestiones de reagrupación familiar o de paternidad, sino también de herencia<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Una forma de unión civil está prevista en: Andorra, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein y Eslovenia. En Croacia y Hungría se prevé una forma de *partnership* entre personas del mismo sexo.

<sup>5</sup> Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Georgia, Letonia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Polonia, Serbia, Eslovaquia y Ucrania.

<sup>6</sup> PERICÁS SALAZAR, Luisa, «El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad», en *Aranzadi social*, 2007, 5, pp. 1709-1717; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «El matrimonio poligámico y el orden público», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2019, 952, pp. 8; LABACA ZABALA, María Lourdes, *La familia polígama islámica en la legislación española*, San Sebastián, Delta, 2005; IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos ESPLUGUES MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONS, 2012, pp. 627-642; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», en *Actualidad laboral*, 2003, 3, pp. 581-601; LABACA ZABALA, María Lourdes, «El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español», en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2009, 18, pp. 261-331; PERLINGIERI, Giovanni, «In tema di rapporti familiari poligamici», en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, 3, pp. 821 ss.; CREA, Camilla, «L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea», en *Rassegna di diritto civile*, 2016, 1, pp. 246 ss.; RIZZUTI, Marco, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016; CREA, CAMILLA, «Famiglie migranti: dialogo tra sistemi ed effettività delle tutele», en *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2014, 3, pp. 125 ss.; ANELLO, Giancarlo, «Libertà di religione, matrimonio islamico e 'diritto alla famiglia'» en *Rassegna di diritto civile*, 2000, 2, pp. 243 ss.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ, Alejandro, «El poliamor a debate», en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2017, 17, pp. 75-107; OLIVERA ROTONDANO, Ricardo, «Entre monogamia e poliamor: o futuro da família no Brasil», en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2018, 44, pp. 35-61; MARCELINO DE SOUZA, Lara; NOGUEIRA RÊGO, Lorena, «Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: Paradigmas do poliamor no direito de família», en *FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, 2013, 2, pp. 184-202; VERCELLONE, Antonio, «Più di due: Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore», en *Rivista critica del diritto privato*, 2017, 4, pp. 607-637; GRANDE, Elisabetta, *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Giappichelli, Torino, 2018; PATTI, Salvatore, «Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione», en *Rivista di diritto civile*, 2021, 2, pp. 392-397; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, «Relaciones poliafectivas y protección de la familia», en *Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 45, número 101, 2020, II, pp. 165-189.

<sup>8</sup> En la jurisprudencia española, v.g. STS 4150/2019, de 17 de diciembre 2019, Ponente: Segundo Menéndez Pérez, ECLI:ES:TS:2019:4150, en cuyo fallo se lee: «Anular la citada sentencia, declarando el derecho doña Socorro a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Hipólito, también conocido como Indalecio, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el día 18 de enero de 2012, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por parte iguales entre las viudas que hayan estado

La afortunada metáfora de Jemolo<sup>9</sup> de la familia como una isla que el mar del Derecho sólo puede tocar, la posterior reflexión de Busnelli<sup>10</sup> invitando a considerar la familia no como una isla, sino como un archipiélago y, por último, la consideración de Patti<sup>11</sup> de la necesidad de una visión unitaria de las familias, muestran, aunque con respecto al Derecho italiano, la urgencia de tal replanteamiento.

Hay que reconocer que no hay familia ni idea de familia *in rerum natura*, y que, por tanto, no puede haber una regulación jurídica irreversible o natural<sup>12</sup>. La idea de una familia natural es un error cultural, y los estudios antropológicos han demostrado que la especie sólo tiene un problema, el de reproducirse y asignar los hijos a un determinado grupo, y que este problema se ha resuelto históricamente estableciendo estructuras reproductivas lo más adecuadas y eficientes posibles en relación con el entorno y los recursos disponibles<sup>13</sup>.

---

simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se declara su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago». En el mismo sentido, STS 121/2018, de 24 de enero de 2018, Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, ECLI:ES:TS:2018:121.

<sup>9</sup> Jemolo, Arturo C., «La famiglia e il diritto», en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VIII, Napoli, 1949, p. 57. En esa obra, el autor desarrolla el famoso símil de la siguiente manera: «La famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl'istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto».

<sup>10</sup> BUSNELLI, Francesco Donato, «La famiglia e l'arcipelago familiare», en *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 520.

<sup>11</sup> PATTI, Salvatore, «Dall'isola all'arcipelago», en AA. VV., *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano* (Atti del Convegno di Venezia, 11/12/13 novembre 2021), en fase de publicación.

<sup>12</sup> SARACENO, Chiara, *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Bari, 2017, p. 1 ss. y pp. VII-XXV.

<sup>13</sup> MATERA, Vincenzo, «L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste», en [https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh\\_cecp](https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh_cecp), consultado el 3.1.2021, da cuenta de algunas interesantes estructuras llamadas familiares: «fra gli Igbo della Nigeria, in caso di sterilità del marito, una donna è autorizzata a avere rapporti sessuali con un altro uomo, e i figli procreati saranno legalmente figli del primo (il padre sociale) e non del secondo (il padre biologico). Fra i Nuer del Sudan, come ha documentato il grande antropologo inglese Evans-Pritchard (*I Nuer. Un'anarchia ordinata*, 1948), è documentato il matrimonio con il fantasma, per cui, qualora un uomo muoia senza figli oppure prima di sposarsi, un fratello o un cugino può sposarsi con una donna in nome del defunto in modo che i figli siano legalmente figli del defunto. Sempre fra i Nuer, esiste il matrimonio fra donne (privo di connotazioni omosessuali): una donna sterile può contrarre matrimonio con un'altra donna, sceglierle un amante e i figli nati da questa unione saranno figli socialmente riconosciuti della donna-marito, membri del gruppo di quest'ultima. Ci sono anche i fratelli della madre chiamati «madri maschi» (Radcliffe-Brown) e le donne agiate Lovedu che cedono il loro bestiame per acquistare «mogli» e diventare così «padri» dei loro figli. Ancora, i Karembola del Madagascar considerano fratelli e sorelle la stessa cosa, e un uomo può così rivendicare la maternità di un bambino. Come gli uomini possono essere madri, le donne possono essere padri. Niente è impossibile nella parentela della procreazione ... Nonostante sia parte integrante del senso comune che i legami di sangue sono naturali, la verità è che sono costruiti per convenzione. La casistica sarebbe infinita. Riporto solo alcuni esempi tratti dalla letteratura etnografica. In Amazzonia, una nascita può anche non coinvolgere

Partiendo de esta premisa, podemos entender la extraordinaria importancia del Derecho, que no sólo sirve para dar nombre a un fenómeno social, para que pueda ser pensado y llamado<sup>14</sup>, y para regular ese fenómeno concreto, sino que tiene, especialmente en lo que respecta a la familia, una función constitutiva. Elige y decide, en base a la pura arbitrariedad, qué es la familia<sup>15</sup>, qué es el matrimonio y qué y cómo debe constituirse una relación paterno filial.

Creo que los importantes movimientos culturales y jurídicos en Europa<sup>16</sup> deberían conducir a un sustancial cambio de perspectiva, que la ley debe abordar responsablemente, tanto en lo que respecta a la relación entre los miembros de la «pareja» como a la relación con las «hijas» y los «hijos». La ley no debe reconocer como familia, como ha ocurrido históricamente, sólo la formación social consistente en una pareja heterosexual fundada en el matrimonio, sino que debe reconocer como familia toda formación social fundada en una relación afectiva<sup>17</sup>, sin que sea posible establecer distinciones, incluso lingüísticas, entre unas y otras, que puedan sugerir familias de primer, de segundo o de tercer orden<sup>18</sup>. Además, el reconocimiento de las relaciones

---

alcun tipo di parentela, se quello che la donna porta in grembo è il figlio di un animale (spirito / animale). I Kamea della Nuova Guinea ignorano le connessioni fra i nati e chi li ha concepiti».

<sup>14</sup> Sobre la relación entre la lengua, el derecho y el reconocimiento, la regulación, la normalización y la exclusión v. SWENNEN, Frederik; CROCE, Mariano, «The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' en Belgium and the Netherlands», en *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss. V. también CROCE, Mariano, «Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue», en *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.

<sup>15</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ABAD TEJERINA, PALOMA (Coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, p. 286 s., «la familia o las familias constituyen una realidad sociológica previa, compleja y heterogénea, que el ordenamiento jurídico no puede sino aceptar en su diversidad, so pena de violar los derechos fundamentales de los individuos que la componen. Limitar la protección a los modelos tradicionales o institucionalizados choca directamente con los principios básicos del pluralismo ideológico y jurídico propio de la sociedad democrática y desprecia de manera absolutamente injustificada el carácter preceptivo de las reglas jurídicas».

<sup>16</sup> Entre todos, el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta de Niza tienen una importancia decisiva.

<sup>17</sup> Véanse los interesantes y estimulantes estudios, que proponen la *cont(r)actualization* de modelos familiares, de SWENNEN, Frederik; CROCE, Mariano, «Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)», en *Journal of Law and Society*, 2017, p. 551 s., «The main virtue of the approach we call 'cont(r)actualization' lies in the fact that it programmatically moves away from the objectivism and/or functionalism of the alternatives described above. In a way that resonates with social theory perspectives denouncing the arbitrariness of approaches which conceive of social actors as appliers of supra-subjective schemes of action, cont(r)actualization takes law users to be semi-autonomous producers of meanings within interactional contexts. The prefix 'semi' linked with the term 'autonomous' intends to do justice to both the (semiotic) structure where social actors use both the law and their own semantic and law-generative force».

<sup>18</sup> Merece todo el reconocimiento la sentencia del Tribunal Supremo español (STC, 2676/2011, de 12 de mayo, Ponente: Roca Trias, ECLI:ES:TS:2011:2676), en cuyo Fundamento de Derecho tercero se lee: «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia,

paterno filiales también debe cambiar, pues ya no pueden construirse únicamente sobre la base de las relaciones de sangre, sino que debe darse plena relevancia jurídica, incluso más allá de la adopción, a la función de cuidado<sup>19</sup> que efectivamente se ejerce, en la convicción de que la paternidad es participación y cuidado en el proceso de desarrollo del niño, velando siempre por su mejor bienestar posible (i.e. su interés superior).

El reto del Derecho de familia actual es incluir dentro del concepto jurídico de «familia» todas las formaciones sociales complejas basadas en una relación afectiva entre sus miembros originarios, reconociendo las relaciones paterno filiales sobre la base de la responsabilidad parental concreta, incluso prescindiendo, en su caso, de las relaciones genéticas y/o biológicas<sup>20</sup>.

Aunque la familia implica la constitución de una comunidad de vida material y espiritual, como decimos en la legislación clásica, requiere una doble valoración para reconocerla como un todo: por un lado, la relación entre los miembros de la pareja o, más correctamente, los miembros originarios, dado que no tienen por qué ser sólo dos, y, por otro lado, la relación entre los miembros originarios y las hijas o los hijos, sabiendo que el concepto implica sólo el cuidado en el proceso de desarrollo de la persona<sup>21</sup>. Aunque el concepto de familia implica esta doble valoración, no requiere

---

independientemente de forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

<sup>19</sup> Para un análisis general del tema del cuidado, VARELA CASTRO, Ignacio, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS, Gema; VIDU Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1007 ss.

<sup>20</sup> Por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, que aborda el fenómeno de manera integral, ofreciendo soluciones y propuestas ampliamente respaldadas. En particular, las autoras, teniendo siempre presente el interés superior del niño, afirman que en materia de relaciones paternofiliales el principio clave debe ser el de la responsabilidad. En sus palabras a p. 256: «El principio general que proponemos como rector de toda la materia: el de la responsabilidad (co-responsabilidad de todas las personas que participan del proceso de generación de una nueva vida (que no son únicamente los progenitores en el sentido clásico), esto es, de responsabilidad de quienes «encargan» niños, quienes donan gametos, quienes alquilan su cuerpo para gestar su vida... Responsabilidad que entendemos como «capacidad existente en todo sujeto activo para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente».

<sup>21</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», cit., p. 288, «no creo equivocarme si digo que, más allá de esas consecuencias puramente formales ligadas a ciertos ritos o lazos de sangre, lo que de verdad caracteriza a la familia o las familias contemporáneas, sea cual sea su tipología, son las relaciones de intimidad, cuidado, e interdependencia, tanto afectiva como económica entre sus miembros. Es evidente que tal constatación difumina las líneas de campo de juego del Derecho de familia ... pero lo hace también más equitativo y más respetuoso con los derechos fundamentales de las personas que integran los diferentes grupos familiares».

necesariamente ambos componentes, siendo necesaria y suficiente la relación afectiva (tal vez afectivo-sexual) entre los miembros originarios, incluso sin hijos.

El reto del Derecho de familia actual es, por tanto, conseguir una unidad de la familia a través de un reconocimiento plural<sup>22</sup> e inclusivo que vaya más allá del matrimonio, más allá de la heterosexualidad, más allá de la bilateralidad y, sobre todo, más allá de la filiación biológica/genética.

## 2. FAMILIAS RECOMPUESTAS O ENSAMBLADAS

La institución del divorcio si, por un lado, marca el fin de una familia, por otro lado, puede ser la base para la creación de otra. La formación de una nueva familia no presupone necesariamente el divorcio, ni por supuesto la celebración de un nuevo matrimonio, ya que una nueva familia puede formarse sin que haya matrimonio, dado que una familia anterior puede ser no matrimonial, con la consecuencia de que su disolución no exige ni la separación ni el divorcio, puesto que una nueva familia también puede formarse como resultado de una simple separación, aunque en ese caso no se permite la celebración de un nuevo matrimonio.

Lo único que es incuestionable es que con el divorcio los cónyuges adquieren un estatus libre y pueden, por tanto, celebrar un nuevo matrimonio; *rebus sic stantibus*, los miembros de una familia matrimonial sólo pueden formar una nueva familia matrimonial después del divorcio.

Aparte de esta limitación formal, la creación de una nueva familia tras una crisis matrimonial es un fenómeno libre, que no requiere ninguna formalidad particular y es un hecho muy común en la experiencia cotidiana.

<sup>22</sup> Ofrece una imagen autorizada de la experiencia americana PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado...», en pos de superar trazos hematológicos», en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El Derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, p. 215, «Las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que desde el Derecho tradicionalmente se ha tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, todavía anclado a la familia matrimonial y nuclear, o sea, el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ello, las familias, y no la familia, han de entenderse con la vocación de pluralidad que sus distintas construcciones ofrecen, cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen visibilidad».

A pesar de la difusión del fenómeno y de su creciente importancia social<sup>23</sup>, y de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>24</sup>, la regulación legal es muy lagunosa, aunque sus implicaciones prácticas son muy relevantes, especialmente en el ámbito sucesorio. Las lagunas son tales que no sólo no existe una normativa global, que a veces está completamente ausente<sup>25</sup> y otras veces queda relegada a normas de detalle<sup>26</sup>, sino que ni siquiera es claro qué se entiende exactamente por familia recompuesta o familia ensamblada<sup>27</sup>. Por lo tanto, lo primero que hay que hacer es establecer los límites de este fenómeno, para luego poder identificar los problemas que surgen e intentar formular algunas propuestas<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Para un análisis de la difusión del fenómeno, v MAZZONI, Silvia, «Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, XXVIII, pp. 369-384; GARCÍA-MINA FREIRE, Ana; CARRASCO GALÁN, María José; ESPINAR FELLMANN, Isabel; MARTÍNEZ DÍAZ, María Pilar, «Familias reconstituidas un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», en *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 60, Nº 116, 2002, pp. 185-198.

<sup>24</sup> A este respecto, se considere la Observación General nº 19 realizada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 27 de julio de 1990.

<sup>25</sup> Esto podría considerarse esencialmente como el caso de Derecho italiano.

<sup>26</sup> Esto podría considerarse esencialmente como el caso de Derecho español, en cuyo Código civil las normas que se refieren, directa e indirectamente, a la familia recompuestas son la siguientes: arts. 82.2; 1362, 1º.2; 155, 2º; 68; 840; 968; 160. VAQUER ALOY, Antoni; IBARZ LÓPEZ, Noelia, «Las Familias Reconstituidas y la Sucesión a título legal», *Revista de Derecho civil*, 2017, 4, p. 214 s., señalan que existen varias normas extra-Códigos de carácter público. Para un primer análisis de los artículos 82.2 (redacción vigente tras la modificación de la Ley 30/1981 y hasta la modificación de la Ley 15/2005) y 1361.1, v. DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo 'estatus familiae' en el Código Civil. Una nueva relación familiar», en *Revista de Derecho privado*, 1992, pp. 839-856. VAQUER ALOY, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», en *Revista de Derecho civil*, 2017, 4, pp. 211-235; GARCÍA RUBIO, María Paz, «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 SOLE RESINA (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 209 ss.

<sup>27</sup> AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», en BIANCA, Cesare Massimo; MALAGOLI TOGLIATTI, Marisa; MICCI, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 49 s., prefiere la expresión «familie rinnovate».

<sup>28</sup> En 2002 RESCIGNO, Pietro, «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», en *Famiglia*, 2002, pp. 1-8, propuso dar respuestas aplicando las normas sobre asociaciones, empresas familiares y enriquecimiento injustificado. Estas instituciones, que podrían dar pie a la reflexión, me parecen insuficientes e inadecuadas ya entonces, pero sobre todo ahora. Lo que hace falta es una reflexión mucho más profunda y radical sobre la maternidad y paternidad. En 2005 RESCIGNO, Pietro, «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», en BIANCA, Cesare Massimo; MALAGOLI TOGLIATTI, Marisa; MICCI, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, cit., p. 25 s., afirma que la mejor solución es confiar el ejercicio de la responsabilidad parental al acuerdo. Esta solución no es del todo convincente, sobre todo si tenemos en cuenta que hoy en día estamos hablando de la responsabilidad de los padres y que el acuerdo no siempre es suficiente cuando se trata de regular intereses indisponibles, cuales son la patria potestad y el cuidado de las hijas y los hijos. Comparto la posición de AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», cit., p. 74, que considera esencial la introducción de una nueva regulación, afirmando que «una materia così delicata e complessa che coinvolge una moltitudine di interessi è inopportuno che venga affidata solo alla regolamentazione mediante accordi interpersonali».

El rasgo característico de la familia recompuesta no es, como podría pensarse en un primer momento, la mera constitución de una nueva familia tras la ruptura de una anterior, sino el hecho de que haya hijos de una relación anterior que se incorporen a la nueva familia<sup>29</sup>.

Más aún, si el término «familia recompuesta o ensamblada» se refiriera simplemente al hecho de que dos personas constituyan una nueva familia tras la ruptura de la unión anterior, no habría nuevos problemas jurídicos y el caso estaría esencialmente regulado, aunque no faltan oportunidades para la reflexión crítica y las sugerencias de cambios en la legislación actual. Dependiendo de si la nueva familia es matrimonial o no, se aplicarán las normas correspondientes, con todas las consecuencias que ello conlleva tanto en las relaciones personales y patrimoniales, como en las relaciones sucesorias entre los miembros de la pareja, y en las relaciones con los hijos que puedan generar y/o adoptar.

La familia recompuesta, en cambio, plantea la cuestión de la incorporación de las hijas o de los hijos de al menos uno de los dos miembros, lo que también plantea el problema lingüístico de nombrar esta relación afectiva<sup>30</sup>. Las palabras

<sup>29</sup> Así, la mejor doctrina, entre los primeros: GORELL BARNES, G.; THOMPSON, P.; BURCHARDT, N., *Growing up in stepfamilies*, Oxford, Clarendon, 1997; SCHERMAN, IDA A.; MENDOZA, Elena, «Familia ensamblada o reconstituída (parentesco por afinidad)», en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Mendoza (Argentina), Vol. 4, 1998, Universidad Nacional de Cuyo, pp. 47-51; GARCÍA-MINA FREIRE, Ana; CARRASCO GALÁN, María José; ESPINAR FELLMANN, Isabel; MARTÍNEZ DÍAZ, María Pilar, «Familias reconstituídas un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», cit., p. 185; RESCIGNO, PIETRO, «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», cit., p. 7; SESTA, Michele, «Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», en *Familia*, 2003, pp. 123-166; BOSCH I CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituídas y las cuestiones de protección patrimonial», en *ÁREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.)*, *Nous reptes del dret de família*. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 241-274; GROSMAN, Cecilia P.; MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Universo, Buenos Aires, 2000, p. 35.

<sup>30</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», en *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>, consultada el 10.11.2021, «el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, los operadores del Derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al Derecho brasileño (la afetividade) (24), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del «parentesco social afectivo», para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse «desencarnación», o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo».

madrastra/padrastro, que todavía se utilizan hoy en día, son inadecuadas y evocan en el imaginario colectivo, incluidos los cuentos de hadas, las peores experiencias<sup>31</sup> por lo que deberían sustituirse por una expresión más neutra, que podría ser «cónyuge o pareja del progenitor».

Aclarado que la familia recompuesta o ensamblada es la formada por los cónyuges o convivientes (homosexuales o heterosexuales) y las hijas o hijos de al menos uno de ellos, nacidos de una relación anterior, es evidente que dentro de este esquema existen una pluralidad de variantes<sup>32</sup> según (a) hay hijas o hijos de uno solo de los dos miembros de la pareja o de ambos; (b) el cónyuge o pareja ejerce la responsabilidad parental (de hecho o de derecho) con respecto a las hijas o los hijos de su pareja; (c) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta está vivo o ha fallecido<sup>33</sup> o sencillamente no existe; (d) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta ejerce o no la responsabilidad parental; (e) hay hijas o hijos comunes (genéticos/biológicos/adoptados) de la nueva pareja; (f) las hijas o los hijos son menores o mayores de edad. Todo ello con la aclaración de que cada una de las variables puede combinarse con las demás, dando lugar a una extraordinaria variedad de casos y que la última, es decir, la relativa a la menor o mayor edad de las hijas o los hijos, es capaz de cambiar significativamente el horizonte de los problemas que pueden surgir.

Más allá de la multiplicidad de combinaciones posibles, la familia recompuesta presenta como rasgo característico, capaz de identificar el fenómeno, la presencia de hijas hijos de al menos uno de los miembros de la pareja. Este elemento plantea una serie de problemas muy importantes, en primer lugar, en lo que se refiere a la relación que puede/debe establecerse entre el miembro de la pareja y la hija y/o el hijo del otro

<sup>31</sup> SESTA, Michele, «Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», cit., p. 157; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión 'ab intestato': ¿Una ecuación lineal?», en *Revista de Derecho privado*, 2011, p. 65, «las figuras de la madrastra y del padrastro han sido concebidas en el cine, la literatura y el arte en general como seres despreciables, lleno de celos y resquemores que irradian odio y desprecio hacia los hijos de su consorte».

<sup>32</sup> RIVAS RIVAS, Ana María, «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», (disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9f0d0221-78de-4e2f-baac-113149310d5e/9+La+proteccion+social+ante+los+nuevos+modelos+de+familias.+el+caso+de+los+hogares+recompuestos%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES>; consultado el 24/11/2021), p. 12 ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, p. 197.

<sup>33</sup> Se piense los donantes anónimos en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», cit., pp. 211-213.

y, como corolario de este importante aspecto, que se refiere a la parentalidad, los consiguientes problemas sucesorios.

Para dar una idea del fenómeno, basta pensar que, en caso de fallecimiento del progenitor, el cónyuge o pareja no tendría ninguna relación con la hija o el hijo de su pareja, a menos que lo hubiera adoptado, y éste quizás no tendría derecho a seguir viviendo con él<sup>34</sup>. Por otra parte, la hija o el hijo de uno de los miembros de la pareja sólo tendría derechos sucesorios en relación con su progenitor, mientras que no tendría ningún derecho sucesorio en relación con el cónyuge o la pareja de su progenitor. Y no se trata sólo de que no sea legitimario y, por tanto, destinatario de la legítima, sino también de que no se ni siquiera sucesor legal, con la paradójica situación de que en caso de sucesión intestada también sería preferido como heredero al Estado. Por lo tanto, en el caso de las familias recompuestas, se plantean dos cuestiones distintas: la cuestión de la relación entre los miembros de la nueva pareja y la de la relación entre las hijas y/o los hijos y el cónyuge o pareja del progenitor.

La primera cuestión, aunque exige mucha reflexión y replanteamiento, debe considerarse sustancialmente regulada por el Derecho, con la consecuencia de que exige una reflexión crítica de la disciplina actual, mientras que la segunda está casi desprovista de regulación, al menos en todos aquellos ordenamientos jurídicos que aún no han abordado la cuestión de la multiparentalidad<sup>35</sup>.

Tanto es así que se podría decir que el tema de fondo de la familia recompuesta es precisamente el de la multiparentalidad<sup>36</sup>, a sabiendas de que una vez resuelto este

<sup>34</sup> Este caso está expresamente resuelto por el art. 85.2 CFA.

<sup>35</sup> FERRER RIBA, Josep, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, María Susana; VERDERA SERVER, Rafael (coord.), *Retos actuales de la filiación* (XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018, p. 325, afirma que: «el principal reto que presenta el Derecho de filiación contemporáneo, en sociedades en las que se desarrollan estructuras familiares diversas, mudables y complejas y en las que a veces se multiplican las posiciones parentales que pueden confluir respecto de un mismo hijo o hija, es hallar vías para su reconocimiento y protección, tanto si tienen fundamento biológico como socioafectivo ...la protección de las distintas formas de parentalidad, en aquello que contribuya a satisfacer legítimos intereses de los padres y los hijos, puede tener lugar habilitando relaciones de filiación legal de tipo multiparental, creando estatutos con un conjunto de efectos predeterminados al margen de la parentalidad legal o bien de modo más casuístico».

<sup>36</sup> Comparto plenamente la propuesta de GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, cit., p. 257. «Pensamos que una reforma del Derecho de filiación regida por el mayor interés de la persona menor debe eliminar la monoparentalidad originaria, hoy normalizada en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la tolerancia del desconocimiento. Por el contrario, porque es beneficioso, debe atender a la pluriparentalidad reconociendo la validez y la determinación de los efectos, límites y responsabilidades de los acuerdos

aspecto, que tiene que ver con el cuidado personal y el ejercicio de la responsabilidad parental, es fácil o más sencillo ofrecer respuestas también a cuestiones de Derecho sucesorio.

Convencidos de que la familia recompuesta requiere un examen tanto de la relación entre los miembros de la pareja, como de la relación entre las hijas o los hijos y el cónyuge o pareja del progenitor, de que ambas cuestiones merecen un examen independiente y de que esta última es la más problemática, puede ser útil una brevísima comparación con los ordenamientos jurídicos que ya se han ocupado del fenómeno y que contienen normas sobre la multiparentalidad y las familias recompuestas.

Entre los ordenamientos jurídicos europeos<sup>37</sup>, merece especial consideración el Derecho civil catalán, que en el art. 231-1, bajo el título «la heterogeneidad del hecho familiar» establece que «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 consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor»<sup>38</sup>. También es muy interesante el Derecho aragonés<sup>39</sup>, cuyo art. 85 CDFa establece que «el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Fallecido el único titular de la

---

sobre la procreación. Y la posibilidad de conocer la realidad de la maternidad y paternidad». En esta línea, v. ahora, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», cit., p. 209 ss.

<sup>37</sup> SESTA, Michele, «Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», cit., p. 160, propone algunas observaciones sobre el Derecho holandés e inglés. Para analizar el Derecho español, el Derecho catalán, el Derecho navarro y el Derecho aragonés, GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, cit., p. 223. Cabe destacar que las autoras proponen un análisis de la regulación diferenciado en función de si el otro progenitor de la hija o del hijo está vivo o muerto. Las autoras, partiendo del supuesto de que las variables son infinitas, desaconsejan la adopción de reglas fijas. En cualquier caso, sugieren, y me parece que esto es ampliamente compartible, que siempre se debe tener en cuenta el interés superior de la niña y del niño, especificando que «aumentar el número de personas que pueden decidir sobre asuntos de su vida cotidiana de ningún modo puede entenderse que redunde en su interés». Comparto la importancia de considerar siempre el mayor bienestar posible de la persona menor de edad, pero creo que el modelo que propongo en las siguientes páginas, distinguiendo entre progenitor afín de hecho y progenitor afín reconocido, podría ser una disciplina útil para dar respuestas adecuadas a las necesidades de las familias recompuestas. Con la plena conciencia de que el cuidado de las hijas y de los hijos es siempre, en primer lugar, escucha de la persona, con vistas a acomodar sus inclinaciones y, cuando sea posible, tener en cuenta sus deseos y preferencias.

<sup>38</sup> También son relevantes las siguientes disposiciones del Código Civil de Cataluña: arts. 231-5.2; 231-6.2; 236-14; 236-15.2; 222.10; 422-13; 442-2.2 CCCat.

<sup>39</sup> Además de la mencionada disposición de ley, se consideren las siguientes disposiciones del Código del Derecho Foral de Aragón: 116; 283.3; 218.

autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar».

Aunque se trata de una disciplina más fragmentada, que afecta esencialmente a los cónyuges, hay que tener en cuenta el Derecho civil español<sup>40</sup>, donde las normas más significativas son el art. 68, que obliga a los cónyuges, sea cual sea su régimen económico matrimonial, a «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», y el art. 1362.1.2, en sede de régimen económico matrimonial supletorio, que reconoce los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que vivan en el domicilio familiar como gastos a cargo de la sociedad de gananciales. Una norma similar se recoge en la Ley 85 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra<sup>41</sup>.

En la experiencia americana<sup>42</sup>, entre todas las demás, merece una referencia particular el Derecho argentino, cuyo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>43</sup> contiene un capítulo específico dedicado a «los progenitores e hijos afines» (art. 672-676), definidos en el art. 672 de la siguiente manera: «se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente».

Una regulación de menor interés y esencialmente de desconfianza se encuentra en la legislación boliviana y chilena. El Código de Familia boliviano establece que, en caso de nuevo matrimonio del progenitor, se puede permitir que el hijo viva separado<sup>44</sup>,

<sup>40</sup> V. nota n. 26.

<sup>41</sup> El Derecho civil navarro también prevé normas especiales para las hijas y los hijos de matrimonios anteriores, tanto en lo que se refiere a la disolución del régimen familiar como en materia de sucesión, limitando la libertad del disponente, que, como se sabe, es de las más liberales. Además, hay que tener en cuenta las siguientes leyes 73; 77; 84; 85; 195; 106; 108; 110; 124 CDFN.

<sup>42</sup> Para un análisis de la «family provision» a favor del «child of the family» y la legislación de Estados Unidos, con especial referencia a la ley de California, v. VAQUER ALOY, Antoni; IBARZ LÓPEZ, Noelia, «Las Familias Reconstituidas y la Sucesión a título legal», cit., p. 220 ss.; VAQUER ALOY, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», cit., p. 220 ss. Para un análisis de la experiencia latinoamericana, PUENTES GÓMEZ, Anabel, «Las familias ensambladas: un acercamiento desde el Derecho de familia», en *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 2014, 6, pp. 58-82. Para un análisis de la experiencia alemana, LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», cit., p. 200 ss.

<sup>43</sup> Expresa algunas preocupaciones MEDINA, Graciela, «Socio afectividad y Derecho de Familia», en *Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 45, número 101, 2020, II, p. 99 s.

<sup>44</sup> Art. 43 del Código de Familia Boliviano: «(Hija o hijo de madre o padre que constituye nuevo matrimonio o unión libre) La o el hijo menor de edad, de madre o de padre que constituya un nuevo matrimonio o unión libre, puede ser autorizado por la autoridad judicial para vivir separadamente, si se afecta el interés superior de la niña, niño o adolescente, poniéndolo al cuidado de otra persona o de una

mientras que el Código Civil chileno establece que, en caso de nuevo matrimonio, el progenitor debe hacer un inventario de los bienes de la hija o hijo<sup>45</sup>.

Más recientemente, la República de Cuba ha estado trabajando en un ambicioso proyecto de Código de Familia que incorpora el concepto de multiparentalidad<sup>46</sup>. Este Código establece, con una perspectiva muy moderna, que «excepcionalmente una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias, en los casos de filiación asistida donde no existe anonimato de la persona dadora o gestante; o, por causas sobrevenidas en los casos de filiación construida socioafectivamente para evitar el desplazamiento de la filiación y de las adopciones por integración, en atención a los principios de interés superior de la hija o hijo y de respeto a la realidad familiar»<sup>47</sup>. Las normas mencionadas demuestran innegablemente la importancia de la familia recompuesta y, sobre todo, ofrecen un útil elemento de reflexión, demostrando la urgencia de proponer soluciones que puedan ser coherentes con los intereses en juego y que permitan basar el Derecho de familia no sólo en las relaciones genéticas o biológicas<sup>48</sup>, sino sobre todo en las relaciones socioafectivas<sup>49</sup>, que, por una parte, son la base, aunque con matices diferentes, tanto de la relación entre los miembros de la pareja como de la relación paternofilial<sup>50</sup>.

---

instancia de gestión social. En ningún caso la madre y el padre dejan de brindar apoyo emocional y asistencia familiar a la hija o hijo».

<sup>45</sup> Art. 124 del Código civil de Chile: «El que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial».

<sup>46</sup> DAYAMIS RAMÍREZ, Thomas; GRETCHER LAMAS, Bertrán, «La familia ensamblada: una nueva concepción familiar», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 15, Nº. 48, 2018, p. 230-244.

<sup>47</sup> Art. 206 del Anteproyecto de Código de las Familias - Versión 22 del 01 de agosto del 2021.

<sup>48</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado ...», en *pos de superar trazos hematológicos*, cit., p. 218 s.; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión 'ab intestato': ¿Una ecuación lineal?», cit., p. 75, «el reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna»; VAQUER ALOY, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», cit., p. 232, «Parece inevitable que, si el concepto de familia nuclear ya no se basa, solo, en la consanguinidad de sus miembros, sino que la realidad muestra la creciente frecuencia de una realidad plural y compleja como son las familias reconstituidas, uno de los aspectos unidos íntimamente a la familia, como es la sucesión por un título legal, no puede basarse únicamente, como hasta ahora, en la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva».

<sup>49</sup> MEDINA, Graciela, «Socio afectividad y Derecho de Familia», cit., p. 87 ss.

<sup>50</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», cit., p. 220, «la quiebra del modelo exclusivamente biparental invita a reflexionar sobre las propias nociones de padre y de madre que adopta y asume nuestro Derecho ... en un futuro que me atrevo a considerar cercano parece destinado a desembocar en el abandono de la actual concepción de la paternidad y la maternidad por otra más compleja y flexible. Los actuales rasgos de exclusividad y homogeneidad que definen, desde su envés, la

### 3. FAMILIAS RECOMPUESTAS: LA RELACIÓN ENTRE LOS MIEMBROS DE LA NUEVA PAREJA

La cuestión de la relación entre los miembros de la nueva pareja no presenta ningún problema jurídico nuevo y sólo requiere algunas consideraciones sistemáticas. Sus relaciones personales y patrimoniales dependen de si los nuevos miembros hayan celebrado matrimonio, o no<sup>51</sup>. En el primer caso, se aplica el Derecho matrimonial, mientras que, en el segundo, dependiendo de si existe una regulación de la convivencia, se aplican las normas legales y/o jurisprudenciales sobre las familias de hecho.

A este respecto, es bien sabido que en casi todos los sistemas jurídicos existe una diferencia en la regulación de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, con la especificación de que, en algunos sistemas jurídicos, en los que las uniones no matrimoniales están específicamente reguladas, también puede haber lugar para una unión no matrimonial a la que no se aplican todas las normas de las uniones no matrimoniales.

Además, me parece que no se puede dudar de la legitimidad de tal distinción, siempre que no suponga una violación del principio de igualdad entre los miembros de la pareja y/o una violación de su dignidad, y siempre que no se establezcan limitaciones discriminatorias, v.g. debido a la orientación sexual, a la posibilidad de contraer matrimonio<sup>52</sup>.

---

relación de filiación y la consideran en términos de todo o nada ... parecen destinados a mudar hacia un modelo más complejo en el que cabría la coexistencia de diferentes tipos de figuras parentales, probablemente no uniformes, con sus propios derechos y sus particulares responsabilidades».

<sup>51</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», cit., p. 197, «Lo que está claro es que en las familias recompuestas no cambia la relación jurídica existente entre los cónyuges o convivientes, ya que los efectos civiles de su unión dependerán de si se casan o viven como pareja de hecho, pero no de la presencia de hijos».

<sup>52</sup> En aquellos ordenamientos jurídicos que no permiten a las personas homosexuales contraer matrimonio, se produce una situación de ilegitimidad, ya que se les impide, por una razón relacionada con su orientación sexual, aplicar la regulación matrimonial, con todas las consecuencias que ello conlleva no sólo y no tanto en las relaciones personales, sino también en las patrimoniales. La situación es parcialmente diferente en los sistemas jurídicos, como el italiano, donde se impide a las personas homosexuales contraer matrimonio, pero sí se les permite contraer una unión civil. En este caso, es necesario comprobar si la diferente regulación entre ambas instituciones es razonable o no, teniendo en cuenta que se basa únicamente en la orientación sexual de las personas. A este respecto tengo muchas dudas y me parece que la situación del Derecho italiano presenta aspectos de ilegitimidad. La situación jurídica preferible es que un ordenamiento jurídico contemple la posibilidad de contraer matrimonio o una unión civil a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, y que la diferencia entre uno y otro modelo familiar (matrimonio y unión civil) se refiera a las normas aplicables, en el sentido de que una se considere un modelo de familia fuerte y la otra un modelo de familia más débil.

Cuando la elección de contraer matrimonio es totalmente libre, no cabe duda de que una diferencia normativa es legítima, siempre que permita distinguir entre un modelo de familia llamado fuerte (unión matrimonial) y otro llamado débil (unión no matrimonial)<sup>53</sup>. La distinción no debe referirse a las relaciones personales, que deben inspirarse siempre en el respeto y la ayuda mutuos, compartiendo las responsabilidades familiares, ni a las relaciones con las hijas o los hijos, en las que se aplica el principio de igualdad, sino únicamente a las relaciones patrimoniales y sucesorias. En cualquier caso, debe existir un régimen primario común válido para ambos, que debe consistir, al menos, en la contribución mutua, según la capacidad de cada uno, a las obligaciones familiares<sup>54</sup>, es decir, a los gastos relacionados con el mantenimiento de la familia y a los relacionados con la crianza y cuidado de los hijos, a la llamada potestad doméstica. La diferencia también podría referirse a las modalidades de disolución de la relación, quedando claro, sin embargo, que cualquier posible simplificación del procedimiento debe garantizar siempre, en caso de que haya hijas o hijos, la mejor realización de sus intereses.

No cabe duda de que la cuestión de las relaciones entre los miembros de una nueva familia es un tema clásico que, en la perspectiva de las familias recompuestas, requiere un renovado interés por reflexionar sobre la adecuación de las normas establecidas, comprobando qué aspectos requieren una reflexión crítica. En este estudio, con referencia a las relaciones entre los miembros de la pareja, y sin perjuicio de las consideraciones sobre las relaciones personales, consideraré únicamente las relaciones sucesorias.

### *3.1. Matrimonio y derechos sucesorios*

Si la nueva pareja ha contraído matrimonio, se aplican las normas correspondientes, por lo que sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias se rigen por las normas del matrimonio.

<sup>53</sup> ROCA TRIAS, Encarna, «Familia, familias y Derecho de la familia», en *Anuario del Derecho Civil*, 1990, 4, p. 1077 ss., afirma que «en la actualidad es necesario distinguir entre dos tipos de relaciones que se producen en el seno de una familia». Relaciones jerárquicas, «es decir, aquellas que se producen entre los progenitores y los hijos y entre estos y los parientes de sus padres», cuyas normas deben ser independientes de la existencia o no de un matrimonio; relaciones horizontales o igualitarias, «es decir, las que afectan a la pareja», por lo que debe existir una diferencia entre el matrimonio y la unión no matrimonial.

<sup>54</sup> V. BOSCH I CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», cit., p. 251 ss.

Desde el punto de vista sucesorio, cada cónyuge no sólo es considerado heredero *ab intestato* (o sucesor legal), y por lo tanto tiene derecho a heredar en caso de que no haya sucesión testamentaria, ya sea en su totalidad o en parte, sino que también es considerado legitimario y, por lo tanto, potencialmente tiene derecho a una parte del caudal hereditario<sup>55</sup> incluso en contra de la voluntad del causante.

La atribución de la condición de heredero intestado y la de legitimario o herederos forzoso es común a casi todos los ordenamientos jurídicos, aunque es indudable que existen algunas diferencias importantes<sup>56</sup>. Lo que puede variar es tanto el alcance de la herencia/legítima, como el tipo y el modo de concurso con otros y, por último, la previsión de una parte en plena propiedad o en usufructo.

En el Derecho español, el cónyuge sucede por ley sólo en ausencia de descendientes y ascendientes y nunca en concurso con ellos, teniendo preferencia sobre los parientes colaterales (art. 944 CC Es.)<sup>57</sup>, mientras que en el Derecho italiano el cónyuge siempre sucede (art. 583 CC It.), incluso en concurso con descendientes (art. 581 CC It.), ascendientes y parientes colaterales (art. 582 CC It.). En el Derecho español, el cónyuge pierde la condición de heredero en caso de separación, ya sea legal o de hecho (art. 945 CC Es.), mientras que, en el Derecho italiano, sólo pierde la condición de heredero en caso de separación judicial con sentencia firme y siempre que la separación le sea imputable (art. 585 CC It.), a excepción de la separación del cónyuge (art. 585 CC It.). En el Derecho italiano, sólo pierde la condición de heredero en caso de separación judicial con sentencia firme y siempre que la separación le sea imputable (art. 585 CC It.), con la especificación adicional de que en tal caso conserva un Derecho sucesorio especial, consistente en el derecho a una pensión vitalicia, si en el momento de la apertura de la sucesión recibía alimentos del cónyuge fallecido (art. 548.2 CC It.). Ninguna de estas soluciones me convence del todo. Tengo una clara preferencia por la solución española,

<sup>55</sup> Sobre la diferencia entre una cuota de herencia y legítima, con todas las implicaciones que ello conlleva, BARBA, Vincenzo, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 11 y ss.; BARBA, Vincenzo, «La sucesión de los legitimarios en Italia. Principios, problemas y propuestas», en BARBA, Vincenzo; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dirs.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Ediciones Olejnik, Chile, 2021, pp. 73-109.

<sup>56</sup> Para un marco iberoamericano, BARBA, Vincenzo; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dirs.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, cit., p. 11 ss. Vale la pena considerar que, pese a que la porción de bienes que la ley reserva a determinados herederos se llama en casi todos los ordenamientos jurídicos «legítima», los beneficiarios se llaman «legittimari» (cfr. art. 536 CC It.) o «herederos forzosos» (cfr. arts. 806, 807 CC Es.).

<sup>57</sup> REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La actualización del Derecho sucesorio español antes los cambio sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-41.

mucho más acorde con las exigencias actuales, pero con el factor corrector de considerar al cónyuge como heredero *ab intestato* también en concurso con los ascendientes, previendo que la herencia se reparta a partes iguales.

También en cuanto a la condición de legitimario, dado que el cónyuge siempre es considerado como tal, lo que varía es la cuota de legítima y los derechos que le reserva la ley. En el Derecho español, el cónyuge tiene derecho a una parte de la legítima, que varía según suceda solo (art. 838 CC Es.) o en concurso con descendientes (art. 834 CC Es.) o ascendientes (art. 837 CC Es.). Los herederos pueden satisfacer la parte del cónyuge en usufructo concediéndole una renta vitalicia, y si comparte el usufructo con los hijos del causante, que no sean también sus propios hijos, puede exigir que se satisfaga su usufructo, a elección de los hijos, mediante la concesión de un capital en metálico o una parcela de la herencia (art. 840 CC Es.). Obviamente, el cónyuge separado no es legitimario. En el Derecho italiano, el cónyuge tiene derecho a una legítima en plena propiedad, cuya cuota varía según esté solo (art. 540.1 CC It.) o concorra con un hijo (art. 542.1 CC It.) o varios hijos (art. 542.2 CC It.) o con ascendientes (art. 544 CC It.). El cónyuge separado conserva todos los derechos sucesorios (Art. 548.1 CC It.), salvo que se pronuncie una separación con sentencia firme y que la separación le sea imputable. En tal caso, el cónyuge sólo tiene derecho a una asignación vitalicia con cargo a la herencia si se debían alimentos en el momento de la apertura de la sucesión (art. 548.2 CC It.). Además, según la legislación italiana, al cónyuge le corresponde en concepto de legítima el derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso de los muebles (Art. 540.2 CC It.). Se trata, en Derecho italiano, de un legado *ex lege*<sup>58</sup> que corresponde al cónyuge además de la legítima y, por tanto, un derecho que grava sobre la cuota de libre disposición, por lo que, si la última no es suficiente, el derecho grava primero sobre la legítima del cónyuge y luego sobre la de los hijos<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> En el Derecho italiano, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el derecho de habitación sobre la vivienda familiar, que corresponde al cónyuge supérstite en virtud del artículo 540.2 del Código Civil, constituye un legado *ex lege*. A modo de ejemplo, en la jurisprudencia véase Cass., 22 de junio de 2020, n. 12042, en *Leggi d'Italia*; Cass., 27 de enero de 2016, n. 1588, en *Leggi d'Italia*. La situación es diferente en el Derecho español, donde es cuestionable que se puedan dar legados *ex lege* y la mejor teoría jurídica tiende a excluirlo.

<sup>59</sup> Para analizar los principales problemas relativos al derecho de habitación sobre la vivienda familiar que corresponde al cónyuge supérstite, v. BARBA, Vincenzo, «Reflexiones para una enmienda al artículo 540, párrafo 2, del Código Civil italiano», en *Scritti in onore di Antonio Flamini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 85 ss.; BARBA, Vincenzo, «Sui diritti successorî di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro», en *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1781 ss.; BARBA, Vincenzo, «Sui diritti successorî di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza», en *Jus civile*, 2013, p. 605 ss.; VENTURELLI, Alberto, «L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni

Sin perjuicio de mi convicción de que la porción reservada al cónyuge en el Derecho italiano es excesiva y debería reducirse sustancialmente, de modo que nunca supere la mitad del caudal hereditario, y sin perjuicio de mi convicción de que sería conveniente introducir, para garantizar una mayor flexibilidad, el instituto de la mejora, es decir, la previsión de una porción de la porción reservada que el causante puede asignar a uno o varios legitimarios, hay al menos dos aspectos que merecen ser considerados, especialmente desde el punto de vista del reconocimiento de la importancia de las familias reconstituidas: el tema de la sucesión del cónyuge separado; el tema del legado *ex lege* del derecho de habitación. A estas dos cuestiones hay que añadir otra, que tienen un carácter más general ya que también afecta a las parejas de hecho: el destino de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cónyuge/pareja cuando en el momento de la apertura de la sucesión ya ha cesado la relación familiar.

En mi opinión, la sucesión del cónyuge separado en el Derecho italiano requiere una reforma inmediata en el sentido de que, al igual que en el Derecho español, la separación, ya sea legal o de hecho, debe conllevar la pérdida de todos los derechos sucesorios. El cónyuge separado no puede ser considerado sucesor legal ni, *a fortiori*, puede seguir siendo legitimario. Desde este punto de vista, la sobreprotección del cónyuge separado en el Derecho italiano es muy criticable, entre otras cosas porque acaba perjudicando la posición hereditaria del nuevo conviviente o de las hijas o los hijos, con el resultado paradójico de que en caso de separación de muchos años y de constitución de una nueva familia, el cónyuge separado sigue siendo sucesor legítimo y legitimario, mientras que el conviviente no tiene casi ningún derecho hereditario.

Desde un punto de vista puramente solidario, y si se quisiera preservar un derecho hereditario a favor del cónyuge separado, la única posibilidad, en mi opinión, es prever el derecho a una pensión alimenticia con cargo a la herencia durante un período no superior a diez años, en el caso de que el ex cónyuge estuviera obligado a pagar los alimentos (no también una posible pensión compensatoria) en el momento de la apertura de la sucesión<sup>60</sup>.

---

legittime», en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 2, p. 481 ss.; FALZONE CALVISI, Maria Giovanna, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Jovene, Napoli, 1993, p. 3 ss.

<sup>60</sup> A mi parecer, el art. 548 CC debería redactarse de la siguiente manera: «El cónyuge separado, legalmente o de hecho, no tiene derechos sucesorios. El cónyuge separado sólo tiene derecho a una pensión alimenticia con cargo a la herencia si en el momento de la apertura de la sucesión el ex cónyuge está obligado a pagar una pensión alimenticia en virtud del artículo 433 y siguientes. El derecho a la pensión alimenticia no puede superar los diez años desde la fecha de apertura de la sucesión».

Por otra parte, la previsión de un legado *ex lege* a favor del cónyuge superviviente en lo que respecta al derecho de habitación sobre la vivienda familiar y al derecho de uso del ajuar es digna de aprecio, aunque necesite algunas modificaciones. Este derecho pertenece al cónyuge superviviente en concepto de legítima y, además de su valor patrimonial, satisface un interés existencial, ya que le permite seguir viviendo en el hogar familiar.

Sin embargo, la norma requiere una serie de modificaciones para evitar que este derecho contribuya a la sobreprotección del cónyuge superviviente. La modificación principal y fundamental consiste en considerar esta atribución no como una adición a la legítima, sino como una cuenta de la legítima, especificando que, si el valor de este derecho es superior a la legítima del cónyuge, éste deberá pagar la correspondiente indemnización a los herederos. Esto, por un lado, evita la posibilidad de alterar el equilibrio entre los legitimarios (cónyuge, hijas o hijos, ascendientes) y, por otro, evita una reducción no razonable de la cuota de libre disposición. Además, este derecho sólo debe otorgarse cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva del cónyuge fallecido o de propiedad conjunta con el cónyuge superviviente, mientras que debe excluirse en el caso de que la vivienda sea de propiedad de un tercero o de propiedad del cónyuge con un tercero<sup>61</sup>. Este derecho se concede al cónyuge superviviente como un legado *ex lege*, lo que significa que tiene derecho a él de forma automática, aunque el causante no haya hecho ninguna provisión. En caso de que una disposición testamentaria ordene un derecho incompatible, esta debe considerarse susceptible de ser declarada ineficaz, a petición del cónyuge, de acuerdo con las normas sobre la reducción.

Al tratarse de un derecho que le corresponde al cónyuge en concepto de legítima, no cabe duda de que también le corresponde en caso de sucesión intestada. Si este derecho debe considerarse como parte de la legítima, a fortiori debe considerarse como parte de la cuota de herencia del cónyuge. Se entiende que en el raro caso de

<sup>61</sup> En mi opinión, la norma del artículo 540.2 CC debería reformularse, tal y como he argumentado en BARBA, Vincenzo, «Reflexiones para una enmienda al artículo 540, párrafo 2, del Código Civil italiano», cit., p. 98, del siguiente modo: «Al cónyuge le corresponde el derecho de habitación de la vivienda familiar y el derecho de uso del ajuar doméstico, si la vivienda es de propiedad del fallecido o compartidos por éste y el cónyuge superviviente. Estos derechos gravan la legítima del cónyuge y, si ésta no es suficiente, está obligado a pagar una indemnización a los herederos. El mismo derecho se aplicará al conviviente, aunque no sea un legitimario». Cabe señalar que la S.I.S.Di.C., la Sociedad Italiana de Estudiosos del Derecho Civil, ha elaborado recientemente una «Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite», publicada en *Annali Sisdic*, 2021, 6, pp. 117-179. En el marco de esta amplia reforma (el texto de la propuesta puede leerse en las páginas 128-132), se propone modificar el artículo 540.2 CC It. en el sentido propuesto, es decir, imputando el derecho de habitación a la legítima del cónyuge.

que el valor del derecho de habitación sea superior a la parte de herencia del cónyuge, éste estará obligado a compensar a los demás herederos por el exceso.

Por último, me parece razonable que este derecho, precisamente por satisfacer una necesidad de vivienda, se conceda también al conviviente superviviente, sobre todo de cara a eliminar todo derecho sucesorio a favor del cónyuge separado.

La última cuestión que hay que analizar es qué ocurre con la disposición testamentaria realizada a favor del cónyuge y/o conviviente si en el momento de la apertura de la sucesión resulta que la relación familiar ha cesado. En este sentido, creo que las normas del Código civil catalán<sup>62</sup> y de la ley de Derecho Civil de Galicia<sup>63</sup>, son de gran interés y deberían ser compartidas, como en el Derecho español<sup>64</sup>, a nivel más general.

<sup>62</sup> Cfr. art. 422.13-4 CC Cat. Sobre el tema, v. VAQUER ALOY, Antoni, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 67-100. Cabe destacar que el autor, independientemente del contenido literal, considera esta norma no como una presunción de revocación sino como una norma de integración. «No puede contener una presunción de revocación, porque sería dar entrada a una voluntad testamentaria no expresada solemnemente que vulneraría los principios interpretativos». Es una integración del testamento, considerando que «consiste en adecuar los medios testamentarios elegidos por el testador para alcanzar una determinada finalidad que se tornan inidóneos para ello como consecuencia de la imprevisión del testador o de un cambio en las circunstancias fácticas que tuvo en cuenta en el momento de testar». El artículo 132 no sería superfluo, ya que determina la ineficacia automática de la disposición. «La ausencia de un precepto como el artículo 132 CS obliga a demostrar que la voluntad del testador, a partir de esa finalidad, presupuso el mantenimiento del vínculo matrimonial».

<sup>63</sup> Cfr. Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, art. 208: «Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges».

<sup>64</sup> Aunque no existe una norma similar a la prevista en el Código Civil de Cataluña o en la Ley de Derecho Civil de Galicia, el Tribunal Supremo llegó a la misma conclusión, aplicando la norma prevista en el artículo 676 CC. Es en una importante sentencia de 2018. STS 3378/2018, de 26 de septiembre 2018, Ponente: María De Los Ángeles Parra Lucán. Se lee en los *Fundamentos de Derecho*, Tercero, 1 y 2, «1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.I CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. 2. Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.I CC, que se refiere a la «expresión» del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja». En el mismo sentido, STS

Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o del conviviente son ineficaces, salvo voluntad expresa en contrario, si se produce una separación de hecho o legal después de haberlas realizado. Además, cabe destacar que, con el fin de reconocer la familia recompuesta, el Código civil de Cataluña, tras una modificación de 2016, ha establecido que esta regla se aplica también a las disposiciones a favor de los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o colateral, dentro del cuarto grado.

### 3.2. Pareja de hecho y derechos sucesorios

Si la nueva pareja no se ha casado, se aplican las normas correspondientes en aquellos ordenamientos jurídicos en los que está positivamente regulada la figura, mientras que en los que no hay una regulación específica, se aplican las reglas jurisprudenciales<sup>65</sup>.

Teniendo en cuenta que la unión no matrimonial constituye, por lo general, el modelo de familia débil y que la condición de pareja no matrimonial tiende a ser una elección libre de sus miembros, es posible entender por qué en casi todos los ordenamientos jurídicos no existe ningún derecho de sucesión a favor de la pareja supérstite<sup>66</sup>.

---

3263/2018, de 28 de septiembre 2018, Ponente: María De Los Ángeles Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2018:3263; ATS 7811/2019, de 10 de julio de 2019, Ponente Eduardo Baena Ruiz, ECLI:ES:TS:2019:7811A.

<sup>65</sup> LIPARI, Nicolás, «Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 3, pp. 715-728. El autor afirma que «non è possibile pensare di risolvere in chiave giuridica la relazione coniugale di fatto semplicemente richiamando il rilievo dell'atto di autonomia, perché questo può bastare avendo riguardo alla fisiologia del rapporto; non può essere di certo sufficiente di fronte ad un'improvvisa situazione di crisi».

<sup>66</sup> Es emblemático, en este sentido, el Derecho italiano. La Ley 76/2016, de 20 de mayo, ha regulado la pareja de hecho, y aunque regula en cierta medida sus relaciones personales y económicas, no ha previsto ningún Derecho sucesorio a favor del conviviente supérstite. La situación no es distinta en el Derecho español, donde la pareja de hecho no está regulada específicamente y sólo existen normas que regulan algunos aspectos particulares (v.g. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, Disposición Adicional Tercera que reconoce la capacidad para adoptar menores a las parejas de hecho; la LAU 29/1994, de 24 de noviembre, art. 16.1.b); el art. 101 CC; la Ley General de la Seguridad Social, art. 174, reformado por la Ley 40/2007, que reconoce el derecho a la pensión de viudedad a algunos convivientes supérstites). La situación con respecto a los Derechos autonómicos es totalmente diferente. La mayoría de las comunidades con derechos autonómicos tienen normas muy completas que regulan las parejas de hecho, incluidos importantes derechos de sucesión Véase, v.g., la Ley 10/1998, de 15 de julio de Uniones Estables de Pareja de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas aprobada por las cortes de Aragón; la Ley 6/2000, de 3 de julio para la igualdad jurídica de las Parejas Estables de la Comunidad Foral Navarra; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables del Parlamento de Illes Balears; la Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho del parlamento vasco y, finalmente, disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, que equipara los derechos y obligaciones forales de los convivientes a los de los cónyuges, modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio. Además, las comunidades que no gozan de derechos autonómicos también han regulado la familia de hecho, aunque con efectos más limitados. Véanse, a ejemplo, Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho en la comunidad valenciana; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Parejas

Aunque desde un punto de vista teórico es ciertamente correcto que no pueda haber igualdad<sup>67</sup> entre los cónyuges y los convivientes<sup>68</sup>, incluso en términos de derecho

---

de Hecho de la comunidad de Madrid; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del principado de Asturias; la Ley 5/2002, de 5 de diciembre, de Parejas de Hecho del parlamento de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho de la comunidad autónoma de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la comunidad de Extremadura y de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la comunidad autónoma de Cantabria.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana, «El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España», cit., p. 31 ss. señala que los tribunales españoles apenas han tenido que pronunciarse sobre cuestiones relativas a los posibles derechos sucesorios de los convivientes y que la mayor parte de las decisiones se pueden resumir en torno a estos dos perfiles. « En primer lugar, están los supuestos en los que, tras el fallecimiento de uno de los miembros, el conviviente supérstite sólo reclama frente a los herederos abintestato que se liquide la sociedad o la comunidad de bienes que mantenía con el causante y, en segundo lugar, los supuestos en los que el conviviente considera que la ruptura por el fallecimiento ha generado una situación de enriquecimiento injusto que debe ser compensada mediante la aplicación del llamado principio de protección del conviviente más perjudicado por la ruptura, que impide que un miembro de la pareja se beneficie del otro injustificadamente por el mero hecho de iniciar una relación *more uxorio*».

<sup>67</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 10, 2006, p. 137, así concluye su profunda reflexión: «en fin, matrimonio y pareja no se confunden, pero sí convergen de modo progresivo sufriendo los efectos de la mutua atracción que ejercen ambas instituciones entre sí. La cuestión que queda en el aire es si en un futuro más o menos próximo ambas realidades están o no destinadas a confluir».

<sup>68</sup> El tema es muy controvertido y en España fue objeto de la importante sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013 ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436)) que declaró la ilegitimidad de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio. V. HERRERO DE LAS HERAS, RAMÓN; MARTÍNEZ RUANO, Pedro; PAÑOS PÉREZ, Alba, «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 91, N.º 749, 2015, pp. 1173-1195; SABATER BAYLE, ELSA, «Los derechos sucesorios de las parejas estables en la reciente doctrina del Tribunal constitucional», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, agosto 2015, p. 543 ss.

En uno de los pasajes más significativos el TC desarrolla el siguiente argumento: «La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en «unión de derecho» una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones. No es irrelevante, en este sentido, como hemos señalado en anteriores resoluciones «el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC 184/1990, fundamento jurídico 3)» (STC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3). El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser

hereditario<sup>69</sup>, no creo que pueda o deba descartarse necesariamente que los convivientes puedan tener unos derechos sucesorios<sup>70</sup>.

Excluiría la posibilidad de que el conviviente fuera considerado legitimario, al menos en el sentido de que tuviera derecho a una legítima en sentido estricto. La condición de legitimario tiene una repercusión muy importante en la libertad de disponer *mortis causa* y, por lo tanto, debe evaluarse siempre con mucha precaución.

Sin embargo, creo que debería reconocerse al conviviente, aunque con ciertas condiciones, el legado *ex lege* relativo al derecho de habitación sobre la vivienda familiar.

Teniendo en cuenta que el conviviente no es legitimario y considerando que ese legado no puede afectar a la legítima de ningún otro legitimario, el derecho de habitación debe, necesariamente, imputarse a la cuota de libre disposición. Esto implica, para excluir una compresión intolerable de la facultad del causante de disponer *mortis causa*, que el causante pueda excluir expresamente tal derecho en el testamento,

---

eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja». Este pasaje argumental puede ser compartido y excluye una equiparación total entre matrimonio, pareja de hecho y unión de hecho. La sentencia recoge que: «Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada *ex lege* a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja». Esta observación es válida para excluir la posibilidad de que el conviviente sea considerado legitimario, pero no creo, teniendo en cuenta también el carácter supletorio de la sucesión intestada, que no pueda ser considerado heredero legítimo. Es decir, no creo que una lectura profunda de esta sentencia deba suponer un cierre definitivo al reconocimiento de determinados derechos sucesorios a favor del conviviente y creo que sea posible y de deba matizar. Lo que sí sería deseable es que las parejas de hecho estuvieran reguladas por una ley del Estado, a fin de superar las inevitables diferencias que han surgido entre las comunidades que han previsto regulaciones específicas, que a menudo difieren entre sí, y las comunidades que no las han previsto. La cuestión realmente compleja es decidir qué se debe entender por pareja de hecho y, por tanto, si basta con el mero hecho del establecimiento de una comunidad de vida y afecto, o si deben cumplirse ciertas formalidades, como la inscripción en el Registro. En el caso de una pareja de hecho para la que se requiere un reconocimiento formal, no hay duda de la conveniencia/necesidad de prever derechos sucesorios, mientras que la cuestión sigue siendo dudosa en el caso de una pareja puramente de hecho, es decir, para la que no existe ningún tipo de reconocimiento.

<sup>69</sup> ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de la pareja de hecho*, Aranzadi, Madrid, 2007; ESPADA MALLORQUÍN, Susana, «El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España», cit., p. 9 y ss.

<sup>70</sup> MEDINA, Graciela, «Socio afectividad y Derecho de Familia», cit., p. 93 y s., «Entendemos que los derechos sucesorios a acordar al conviviente deben ser dados como heredero legítimo y no legitimario porque el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad».

incluso asignando explícitamente la cuota de libre disposición a otra persona. Se trataría, por lo tanto, de una atribución supletoria a la que el conviviente tiene derecho si el testador no ha dispuesto otra cosa.

Si el valor del derecho de habitación superara la cuota de libre disposición, el conviviente beneficiario estaría obligado a indemnizar a los demás herederos por el exceso, salvo que fueran hijas o hijos, comunes o unilaterales, que convivan con la pareja.

Si se quisiera reforzar la posición del conviviente, aunque yo prefiero la solución anterior, se podría plantear que la pareja, aunque no tenga derecho a una legítima en sentido estricto, sí tiene derecho, al legado *ex lege* que tiene por objeto el derecho de habitación sobre la vivienda familiar. En este caso, el conviviente se convertiría en legitimario, aunque no de una legítima como tal, sino de otro derecho diferente. La asignación de bienes a favor del conviviente no tendría carácter supletorio y el testador no tendría la facultad de privar al conviviente de tal atribución. Además, el conviviente no tendría derecho a una cuota fija y predeterminada, sino a un derecho cuyo valor es variable. Por ello, teniendo en cuenta que pueden existir otros legitimarios, para calcular sus legítimas y la cuota de libre disposición, habría primero que deducir el valor del derecho de habitación del caudal hereditario y luego determinar la legítima de los otros legitimarios y la cuota de libre disposición. En cualquier caso, me ratifico en que la solución que me parece preferible es la primera y, por tanto, que ese legado no tenga naturaleza de legítima.

Diferente es la cuestión de la sucesión intestada. La idea de que el conviviente no debe ser considerado sucesor intestado creo que no puede ser compartida, sobre todo si consideramos que incluso el Estado le sería preferido. A este respecto, teniendo en cuenta que las normas sobre la sucesión intestada tienen una función supletoria<sup>71</sup> y que el causante puede siempre derogarlas fácilmente<sup>72</sup>, se pueden seguir al menos dos caminos diferentes.

El primer camino es poner al conviviente en igualdad de condiciones con el cónyuge. Teniendo en cuenta que el conviviente no es legitimario (o sólo titular, en concepto de legítima, del derecho de habitación), esta equiparación se refiere solamente a la sucesión intestada y permite mantener una distinción entre cónyuge y pareja de hecho, preservando la diversidad entre el modelo de familia fuerte y el de familia débil. Esta

<sup>71</sup> Por todos, ALLARA, Mario, *La successione familiare suppletiva*, Torino, Giappichelli, 1957, p. 3 y ss.

<sup>72</sup> V. nota 68.

solución es más fácilmente practicable en los ordenamientos jurídicos que no prevén una sobreprotección del cónyuge (como es el caso del Derecho italiano). En mi opinión, sería factible en el ordenamiento jurídico español, donde el cónyuge es sucesor legal sólo en ausencia de descendientes y ascendientes y nunca en concurso con ellos (Art. 944 CC Es.), mientras que no lo sería en el ordenamiento jurídico italiano, donde el cónyuge es siempre heredero intestado. De todas formas, creo que la solución española debería adoptarse también en el ordenamiento jurídico italiano, porque me parece más coherente con la situación socioeconómica actual. Por ello, soy partidario de que el Derecho italiano modifique la sucesión del cónyuge, al igual que el Derecho español, y que ambos ordenamientos jurídicos prevean, limitados a la sucesión intestada, la equivalencia de cónyuge y conviviente.

El segundo camino, especialmente en los sistemas jurídicos que asignan al cónyuge una posición de liderazgo y en los que el cónyuge es heredero *ab intestado* también en concurso con descendientes y/o ascendientes (esta es la solución del Derecho italiano, que, como he dicho, creo que debería cambiarse), es asignar al conviviente una posición parcialmente diferente. El conviviente sólo debe suceder en ausencia de descendientes y ascendientes, mientras que tiene preferencia sobre los demás parientes, estableciendo, un posible concurso con los colaterales<sup>73</sup>.

De las dos posturas, no cabe duda de que me parece preferible la primera, que en un ordenamiento jurídico como el italiano impondría primero de reducir la condición

<sup>73</sup> Es importante destacar la opinión de ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de la pareja de hecho*, cit., p. 123 ss.; ESPADA MALLORQUÍN, Susana, «El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España», cit., p. 47 ss., quien, aunque espera que el legislador regule la pareja de hecho, llega a afirmar que, *rebus sic stantibus*, se podría conceder al conviviente superviviente, por analogía iuris, los mismos derechos sucesorios que los establecidos para el cónyuge. «Estimo oportuno afirmar que si se acredita que el causante tenía una pareja de hecho en sentido estricto, atendida la *ratio legis* de estas disposiciones, en ausencia de ascendientes y descendientes y, siempre que en el momento del fallecimiento la convivencia de hecho estuviera plenamente vigente, mediante la argumentación jurídica por analogía *legis* se podrá reconocer el derecho del conviviente supérstite a suceder abintestato a su pareja fallecida, de manera preferente a los colaterales y al propio Estado. En mi opinión, este reconocimiento ni debilita la institución familiar, ni lesiona la libertad y autonomía de los sujetos, sino que permite equiparar en efectos dos situaciones entre las que existe una identidad de razón suficiente». Aperturas menores, aunque en un ensayo anterior a la conocida sentencia del TC de 2013, expresa GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», cit., p. 125, «esto no impide que ambas realidades, pareja y matrimonio, puedan ser tratadas igual en aquellos temas en los que existe una semejanza suficientemente relevante o, si se prefiere, existe «identidad de razón»; así ocurre, por ejemplo, con las prestaciones sociales que tienen su base en la ayuda mutua o en el hecho de criar niños (v. gr. las prestaciones a las familias numerosas), o en las normas fiscales que deben amparar por igual a todas las familias». Añade a p. 129 que «todo eso no debe otorgar automáticamente derechos para el tiempo posterior a la relación, por ejemplo, de tipo sucesorio, compensatorio o relativo a pensiones, salvo que los convivientes lo quieran».

sucesoria del cónyuge y luego equiparar, limitadamente a la sucesión intestada, cónyuge y conviviente, mientras que en el ordenamiento español sólo exigiría la equiparación de cónyuge y conviviente cuanto a la sucesión *ab intestado*.

Independientemente de un cambio en la ley, no cabe duda de que tal y como están las cosas en la actualidad, y antes de que se lleve a cabo una reforma en el sentido proyectado, en casi todos los ordenamientos jurídicos las parejas de hecho no gozan de casi ninguna protección sucesoria y no se les considera ni herederos ni, mucho menos, legitimarios. Esto significa que, *rebus sic stantibus*, es importante identificar los instrumentos que pueden, en cierta medida, facilitar la posición sucesoria de los convivientes. Sobre todo, si tenemos en cuenta que si existen otros legitimarios (por ejemplo, hijas o hijos, descendientes o ascendientes y, en el ordenamiento jurídico italiano, también el cónyuge separado), el causante sólo puede atribuir a su pareja la cuota de libre disposición. A eso hay que añadir que, si el causante hubiera hecho donaciones en vida en favor de otras personas o de legitimarios con dispensa de imputación, la cuota de libre disposición sería aún más reducida, si no del todo inexistente, con la consecuencia de que el causante, aun queriendo, no podría dejar nada o casi nada a su pareja.

Una posibilidad de ampliar la autonomía del causante a favor de su pareja es recurrir a la figura de la obligación natural, regulada expresamente en el Derecho italiano por el art. 2035 CC It. y elaborada a nivel doctrinal en el Derecho español<sup>74</sup>.

Dado que la convivencia es fuente de obligaciones naturales, ya que el hecho de convivir da lugar, sin duda, a deberes morales y sociales mutuos, el conviviente podría realizar una atribución patrimonial a favor de su conviviente en cumplimiento de esta obligación. La atribución patrimonial adoptaría la forma de un legado de deuda, con la ventaja evidente de que no sería susceptible de reducción, de que el beneficiario no tendría que imputar lo así recibido a su cuota de herencia y/o legítima, y de que la deuda correspondiente se tendría en cuenta a efectos del cálculo de la cuota de libre disposición<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. arts. 1756, 1798, 1901 CC Es. Véase STS 17 de octubre de 1935; STS 5 de mayo de 1958; STS 6 de marzo de 1976. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La obligación natural*, Bosch Editor, Barcelona, 1990; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, «Sobre el artículo 1.901 del Código civil y la obligación natural», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 51, Nº 509, 1975, pp. 891-902.

<sup>75</sup> Para un análisis más profundo del tema, v. BARBA, Vincenzo, «Adempimento e liberalità nella successione del convivente», en *Rassegna di diritto civile*, 2015, pp. 1-33.

El legado en cumplimiento de los deberes morales y sociales derivados de la convivencia podría representar una oportunidad para que el testador, en el supuesto de que ese deber moral existiera de verdad, realice una atribución *mortis causa* a favor del conviviente, adicional a la cuota de libre disposición.

Una vez establecida esta posibilidad, es necesario determinar qué prestaciones pueden considerarse realizadas en cumplimiento de tal obligación natural. En este sentido, considerando que la convivencia da lugar a una obligación recíproca de asistencia y contribución a las necesidades de la familia, considero que tanto la atribución del derecho de habitación de la vivienda familiar como el derecho a la manutención *post-mortem*, mediante la constitución de una renta vitalicia, o a través de la afectación de un bien a tal fin, pueden ser, al menos, objeto de estos legados a favor del conviviente.

En un sistema en el que, como espero, la legítima nunca es superior a la mitad del caudal hereditario, no cabe duda de que tal exigencia se siente mucho menos, porque la mayor libertad de disposición del causante no exige tal solución. De lo contrario, en un ordenamiento jurídico como el italiano, en el que, en la actualidad, la legítima supera, con creces, los 2/3 del haber hereditario, el cónyuge separado conserva los derechos sucesorios y el conviviente no goza de ningún derecho sucesorio, la figura del legado de deuda en cumplimiento de los deberes morales derivados de la convivencia se convierte en un instrumento indispensable para proteger el conviviente.

#### 4. FAMILIAS RECOMPUESTAS: LA RELACIÓN ENTRE LA HIJA O EL HIJO Y EL CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO DEL PROGENITOR

El rasgo característico de la familia recompuesta, a pesar de las muchas variables que pueden surgir, es la convivencia con la nueva pareja de al menos una hija o un hijo nacidos de una relación anterior<sup>76</sup>.

Por lo que respecta a las hijas o los hijos comunes de la nueva pareja y a la relación entre el progenitor y su propia hija o hijo, no se plantean particulares problemas, ya que las normas sobre la filiación, la relación paterno filial y todas aquellas, como las que se enmarcan en el Derecho de sucesiones, que se basan en este supuesto, ofrecen un conjunto de reglas bastante completo, aunque con las diferencias que puedan existir en los distintos ordenamientos jurídicos y las posibles críticas que puedan hacerse.

<sup>76</sup> Huelga decir que se hace referencia a una situación familiar caracterizada por la seriedad y la estabilidad.

Un poco más compleja, pero, ni mucho menos novedosa, es la cuestión de cómo ejercer la responsabilidad parental de forma conjunta, si el otro progenitor que no tiene la custodia y no es conviviente está vivo y no ha sido privado de la responsabilidad. También este supuesto debe considerarse sustancialmente resuelto, teniendo en cuenta que casi todos los ordenamientos jurídicos, incluso en caso de separación de los padres, tienden a garantizar el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, independientemente de que la hija o el hijo viva con uno solo de ellos. Obviamente, si el otro progenitor ya ha fallecido, o es desconocido, o ha sido privado de su responsabilidad parental, no surge ningún problema y la responsabilidad parental la ejerce únicamente el progenitor con el que la hija o el hijo vive.

La cuestión realmente compleja y, al mismo tiempo, novedosa es la de la familia recompuesta y, por tanto, la relación entre las hijas o los hijos y el cónyuge o conviviente del progenitor<sup>77</sup>, que podemos llamar progenitor afín.

Teniendo en cuenta que se crea una relación socioafectiva y que, en muchos casos, por numerosas razones, el cónyuge o pareja del progenitor acaba ejerciendo progresivamente la responsabilidad parental de hecho, es necesario establecer si y cómo el ordenamiento jurídico puede y/o debe dar relevancia a este fenómeno<sup>78</sup>.

En este sentido, diré de entrada que la adopción<sup>79</sup>, ya sea plena o en casos especiales<sup>80</sup>, que es una institución frecuentemente utilizada, sobre todo si el otro progenitor de la

<sup>77</sup> DELL'UTRI, Marco, «Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'», en *Familia*, 2005, pp. 275-322.

<sup>78</sup> Según DE MAURO, Antonio, «Le famiglie ricomposte», en *Familia*, 2005, pp. 767-775, es una relevancia de tipo voluntario, que depende de la convivencia.

<sup>79</sup> AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», cit., p. 53 ss., propone un análisis crítico de los principales problemas que plantea la regulación de la adopción en casos particulares aplicados al caso de las familias reconstituidas.

<sup>80</sup> En Derecho italiano cabe la posibilidad de adoptar al hijo o hija del cónyuge o pareja. Se trata de un supuesto de adopción especial, regulado en el artículo 44.1 de la Ley 184/1983, de 4 de mayo, que se aparta del principio general según el cual la adopción de un menor presupone que éste se encuentre en estado de desamparo. Incluso en presencia de un progenitor que cuida de su hijo o hija y tiene la responsabilidad parental, estas condiciones especiales establecidas en las letras a) y d) del artículo 44.1 permiten la adopción de un niño que tiene un progenitor. Esta institución se utiliza en la jurisprudencia italiana en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando sólo uno de los dos miembros de la pareja es el progenitor genético y/o biológico. Especialmente en los supuestos en que la pareja utiliza técnicas de reproducción asistida en el extranjero e Italia no reconoce el certificado de nacimiento extranjero o la resolución extranjera, se recurre a la adopción en casos especiales para establecer una relación filial con el miembro de la pareja que no es también progenitor genético o biológico. Sobre este tema, v. BARBA, Vincenzo, «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», in *Actualidad Civil*, n. 1, enero 2022, pp. 1-27.

niña o del niño ha fallecido, no me parece ni adecuada, ni capaz de una aplicación generalizada, así que sólo debe considerarse un paliativo al que no tendríamos que acudir y que, de todas formas, no puede dejar satisfechos<sup>81</sup>.

Dicho esto, se entiende que la cuestión clave se refiere al reconocimiento jurídico<sup>82</sup> de la función parental que desempeña el progenitor afín<sup>83</sup>, entendiendo que cualquier forma de reconocimiento debe tener siempre en cuenta la relación que la hija o el hijo pueda tener con el otro progenitor que no tiene el cuidado pero sí la responsabilidad, distinguiendo según se trate de hijas o hijos menores o mayores de edad (eso determina que la cláusula general del interés superior del menor adquiera una importancia diferente), según la duración de la convivencia y teniendo en cuenta, como elemento clave, los intereses, deseos y preferencias de la hija o del hijo. La cuestión es cómo lograr dicho reconocimiento y qué consecuencias jurídicas, tanto a nivel personal como patrimonial y, en particular, sucesorio, deberían derivarse.

Con independencia de todos estos aspectos que pueden diferenciar los distintos casos, no cabe duda de que la convivencia supone una obligación recíproca de colaboración y que todos los gastos de manutención, instrucción, educación y crianza de la hija o del hijo conviviente deben ser considerados gastos familiares, que, por tanto, también corren a cargo del progenitor afín, con independencia de que la pareja esté o no casada y del régimen económico que han elegido<sup>84</sup>. Por otro lado, hay que considerar que la

<sup>81</sup> DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo 'estatus familiae' en el Código Civil. Una nueva relación familiar», cit., p. 841 s., advierte que el fenómeno no puede regularse ni por referencia a la norma sobre los deberes de los cónyuges, «la convivencia con los hijos del otro cónyuge no puede incluirse entre las obligaciones del matrimonio», ni a la «guarda de hecho», ni a los «pactos de delegación de la patria potestad», ni a la «gestión de negocios ajenos», ni, finalmente, al mandato. Concluye afirmando 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».

<sup>82</sup> ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «Maternidad y paternidad. Nuevos escenarios a propósito de la Constitución cubana de 2019», en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, p. 198 s, afirma que es imprescindible regular jurídicamente la figura del progenitor afín. En primer lugar, porque: «a partir de su reconocimiento, dejan de ser fantasmas, entes silentes», en segundo lugar, porque se eliminan «las vaguedades y confusiones sobre el rol que a cada quien corresponde» en la dinámica familiar y finalmente, porque permite establecer «prioridades o pautas» en casos de desacuerdo.

<sup>83</sup> MÉNDEZ TRUJILLO, Iris María, «El estatuto de los padres y madres afines», en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, p. p. 240, remitiéndose a Grosman, dice del progenitor afín «No se trata de una figura sustituta, capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que tiene su lugar propio y debe ser considerada como una figura de referencia distinta; la pareja debe seguir cumpliendo su función de cuidado de los hijos dentro de un esquema de responsabilidad compartida».

<sup>84</sup> DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo 'estatus familiae' en el Código Civil. Una nueva relación familiar», cit., p. 852, señala que aunque el art. 1362 del Código Civil sólo se refiere al caso de sociedad de gananciales, «habrá que admitir la vigencia de una solución similar para los demás regímenes económicos. Siendo en

hija o el hijo que vive en la familia está obligado a contribuir de forma equitativa y en función de sus posibilidades a sufragar los gastos familiares.

Al margen de este aspecto de los gastos familiares, que debe considerarse como una regulación común a todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos y cuya norma puede encontrarse incluso en ausencia de una redacción expresa al respecto, a través de una interpretación y/o integración analógica, la cuestión clave es la del posible reconocimiento del papel del progenitor afín<sup>85</sup>.

Teniendo en cuenta que en el caso de hijas o hijos mayores no se plantean problemas particulares, ya que tienen plena autonomía y no están sujetos a responsabilidad parental en sentido estricto, podemos decir que el problema se refiere esencialmente al caso de hijas e hijos menores de edad o, más exactamente, al caso en que sean menores de edad en el momento en que empieza la convivencia con el progenitor afín. A este respecto, es esencial encontrar una solución que responda al mejor interés de la persona menor de edad, entendiendo que ello requerirá la consideración de todos los intereses concretamente implicados<sup>86</sup>, para identificar la mejor regulación posible.

#### 4.1. *La relación entre la hija o el hijo y el progenitor afín*

Abordar de forma integral la relación entre una hija o un hijo y el progenitor afín es extremadamente complejo, no sólo porque las variables que hay que tener en cuenta son muy numerosas y difíciles de unificar, no sólo porque implica problemas relacionados con el cuidado y el desarrollo de la niña o del niño, no sólo porque existe

---

el fondo ésta no tanto una carga de los gananciales como una carga del matrimonio, habrá que entender que, como el régimen primario, afecta a todo sistema matrimonial, si bien se adecuará a las características del mismo».

<sup>85</sup> Crítico BRUSCUGLIA, Luciano «Famiglie ricomposte e rapporti patrimoniali», en BIANCA, Cesare Massimo; MALAGOLI TOGLIATTI, Marisa; MICCI, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, cit., p. 36 s., según la cual se trata de obligaciones naturales. En la p. 41 concluye que la ley debe evitar la creación de modelos familiares a imagen y semejanza de la familia legítima «per soggetti che hanno lasciato quella famiglia per confluire in altro nucleo familiare». Discrepo firmemente y las razones están ampliamente expuestas en el texto. Además, me parece que esta conclusión es más el fruto de un prejuicio ideológico que el resultado de una reflexión sobre el fenómeno social y jurídico.

<sup>86</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», en *Actualidad Ibérica Americana*, n. 13, agosto 2020, p. 27, «Con todo, creo que en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como igualmente reconoce la Observación General nº 14 de 2013. Por ello considero acertadas afirmaciones como las contenidas, entre otras muchas, en la STS 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273), donde se dice que «la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto»; también en la STS 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 212, 160), según la cual «el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea «no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales».

el problema de coordinar la función parental del progenitor afín con la del progenitor conviviente y la del progenitor que no tiene el cuidado pero sí la responsabilidad, sino sobre todo porque requiere un replanteamiento del propio concepto de maternidad y paternidad<sup>87</sup>.

La cuestión que constituye el telón de fondo de todos los asuntos concretos que pueden surgir y que merecen, pese a su complejidad y dificultad, tanto una respuesta como una propuesta es la de la multiparentalidad<sup>88</sup>.

Es necesario preguntarse si debe reconocerse o no la multiparentalidad y, en caso afirmativo, determinar los límites dentro de los cuales puede darse dicho reconocimiento, especificando, sobre la base de una adecuada coordinación con el papel de los padres biológicos/genéticos/de intención, los aspectos existenciales y patrimoniales dentro de los cuales puede y debe tener lugar.

Hay que tener en cuenta que hoy en día los progenitores no son necesariamente un hombre (padre) y una mujer (madre), porque puede haber casos en los que la niña o el niño tengan desde su nacimiento<sup>89</sup> vínculos filiales diferentes, para cuya determinación, además del factor genético y/o biológico, es relevante la voluntad o intencionalidad (por ejemplo, la doble paternidad homosexual en el caso de las mujeres, como resultado de un procedimiento de ROPA, o la doble paternidad masculina como resultado de una gestación por sustitución, o la doble paternidad heterosexual como resultado de la inseminación heteróloga, etc.), sin olvidar todas las complicaciones que pueden surgir en caso de transexualidad<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> MEDINA, Susana, «Socio afectividad y Derecho de Familia», cit., p. 99 s., expresa perplejidad.

<sup>88</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», cit., p. 220, «la previsible ruptura del dogma de la biparentalidad o, cuando menos, la quiebra de su rigidez actual, nos obliga a repensar con detenimiento no solo a las reglas sobre la filiación, sino también otras normas como la sucesorias, bien sea para adaptar las existentes a estas nuevas realidades, bien sea para crear otras reglas capaces de dar respuestas adaptadas a esas situaciones novedosas ante las que el Derecho civil no puede permanecer ajeno».

<sup>89</sup> La expresión «desde el nacimiento» también es incorrecta, ya que puede ocurrir que uno de los progenitores reconozca a la hija o al hijo en una fecha posterior o que la filiación con respecto a uno de los progenitores se establezca en una fecha posterior. Lo que simplemente quiero resaltar con la expresión «desde el nacimiento» es que me refiero a los que, independientemente del sexo (un padre y una madre o dos padres o dos madres) resultan los progenitores de la niña o del niño.

<sup>90</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», cit., p. 82 ss., analiza la transcendencia que la opción de género libremente querida por una persona pueda tener en la relación de filiación que le une con sus hijas o hijos. Plantea dos diferentes cuestiones: las consecuencias que puede producir un cambio de sexo en el progenitor; la posible superación de la heteronormatividad en materia de filiación. La autora afirma: «en

En estos casos, en los que existen dos progenitores, bien biológicos/genéticos o de intención, habría que preguntarse -pero la cuestión se extiende mucho más allá del ámbito de la familia recompuesta- si hay que reconocer un papel a quienes han contribuido/participado en el proceso procreativo (el donante de esperma o de óvulos, la mujer que lleva a término el embarazo en el caso de la gestación por sustitución, etc.). Sin querer entrar en el tema, creo que no es correcto excluir *a priori* y en todo caso cualquier relevancia a estas personas y que un sistema jurídico moderno debe dar cierta relevancia y responsabilidad a dichas personas, al menos en algunos supuestos<sup>91</sup>.

Aunque el ordenamiento jurídico italiano haya mostrado cierta apertura hacia la paternidad intencional en caso de niñas y niños nacidos a través del empleo de técnicas de reproducción humana asistida, sigue fuertemente vinculado al concepto de paternidad y maternidad biológica y genética y sólo da relevancia a la paternidad y maternidad intencional y/o social por medio de la adopción en casos especiales<sup>92</sup>. Esta solución, que era coherente en un sistema en el que la familia era sólo la matrimonial y la filiación un hecho exclusivamente natural, no se adapta a la realidad actual, en la que el fenómeno de la maternidad y paternidad está llamado a adquirir matices mucho más amplios y una importancia creciente. La situación del Derecho español es diferente, considerando que es mucho más abierto y que ya ha reconocido en gran medida la maternidad y paternidad intencional, llegando incluso a la idea de que la función parental puede ser desempeñada por un padre y una madre o por dos padres o dos madres<sup>93</sup>.

---

este sentido, creo que las nuevas realidades sociológicas, dimanantes en su mayoría de la utilización de técnicas de fecundación asistida, convierten en imprescindible el reconocimiento de la multiparentalidad, de suerte que junto o al lado de las puramente biológicas se deben admitir parentalidades sociales basadas en la voluntad y el comportamiento de los implicados y no tanto en la biología. En esta misma línea se sitúan las nuevas leyes que permiten la autodeterminación del sexo por la persona, ya implantadas en otros países y en trance de hacerlo pronto en el nuestro. Se impone pues, un cambio legal que flexibilice las normas actualmente vigentes y las acomode a las nuevas realidades».

<sup>91</sup> Se trata de la solución propuesta por GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, cit., p. 253 ss., que merece a mi juicio, un apoyo amplio y total.

<sup>92</sup> BARBA, Vincenzo, «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», en *Actualidad Civil*, n<sup>o</sup> 1, enero 2022, pp. 1-27. Sobre el supuesto de la adopción en casos especiales en Derecho italiano, además del artículo que se acaba de citar, v. nota n. 80.

<sup>93</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N<sup>o</sup>. 30, 2021, p. 82 ss., «pienso que en un sistema como el español que, como ya he dicho, a día de hoy resulta más abierto y flexible que otros vecinos, en el que se admiten sin problemas situaciones de doble maternidad o de doble paternidad ...».

Para ambos ordenamientos, con diferentes matices y reconociendo la diversidad del punto de partida, el reto es, sin lugar a duda, el reconocimiento de la multiparentalidad.

Una aproximación a ese fenómeno debe partir, desde luego, de una premisa que difícilmente puede ser cuestionada: la hija o el hijo, salvo casos excepcionales y siempre que responda a su mejor interés, debe mantener relación con quienes son sus padres biológicos/genéticos/intencionales (ya sean padre y madre, o dos padres o dos madres, ya sean biológicos o genético o de intención), con independencia del reconocimiento de otras funciones parentales.

Dicho esto, la cuestión es sí y cómo, suponiendo que los dos progenitores ya no vivan juntos, que uno de ellos haya formado una nueva familia y que la hija o el hijo viva con él, debería establecerse una nueva relación paterno filial, o modelada sobre esta, entre la niña o el niño y el progenitor afín<sup>94</sup>.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión y formular una propuesta, conviene señalar que en cualquier asunto que afecte a la hija o al hijo, siempre debe encontrarse una solución que responda al mejor bienestar del menor. Esto implica, considerando el significado de esta cláusula general, también a la luz de los Convenios Internacionales<sup>95</sup>, que se debe garantizar siempre que la niña o el niño pueda participar en el proceso de toma de decisiones que lo afecten y que sea escuchado explícitamente siempre que sea posible, teniendo en cuenta su autonomía progresiva y su capacidad de discernimiento, y prestando atención, en la medida de lo posible, a sus deseos y preferencias<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Según LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», cit., p. 218, «En todo caso, al menos de momento, la propuesta de incluir a las parejas de los progenitores en las familias reconstituidas en el Derecho común iría en la línea del legislador catalán de permitirles participar en la toma de decisiones relacionadas con la vida cotidiana, pero con el matiz de que no tenga que prevalecer en todo caso el criterio del titular de la patria potestad, dado que ello pondría en tela de juicio que el legislador esté velando por el interés del menor. El dilema por tanto estaría en saber hasta dónde queremos llegar: si nos limitamos a que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor participe en la toma de decisiones o pretendemos que, además, se les atribuyan funciones de protección cercanas o coincidentes incluso con las que componen el ejercicio de la patria potestad».

<sup>95</sup> La referencia principal es a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que consagra ese principio en su art. 3.1. Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nº 14 (2013), afirma que el interés superior de la niña o del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo, b) un principio jurídico interpretativo fundamental, c) una norma de procedimiento.

<sup>96</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», cit., p. 44. Tras reconstruir el significado de la cláusula general y explicar su valor tridimensional, la autora identifica algunos casos concretos en los que el interés del niño fue decisivo para la decisión. Como resultado de esta amplia investigación, concluye así: «Tengo para mí que cabría alargar el número de funciones que en la práctica

Cualquier solución que no pase por escuchar a la niña o al niño que tiene capacidad de discernimiento y que no incluya una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o la niña, no es aceptable y debe considerarse *contra legem*.

#### 4.2. El progenitor afín: una posible propuesta

En el caso de una familia recompuesta, no me cabe duda de que la ley debe reconocer inmediatamente la importancia de la función parental del cónyuge o pareja del progenitor, ya que, aunque de forma gradual y con las dificultades que pueden preverse fácilmente, es incuestionable que el progenitor afín participará en la crianza y educación de la niña o del niño<sup>97</sup>.

Una vez definido el progenitor afín como el cónyuge o pareja del progenitor de la hija o del hijo que convive con ellos, creo que la solución preferible es distinguir dos hipótesis que, simplificando, podemos definir «progenitor afín de hecho» y «progenitor afín reconocido».

El primer caso debería consistir en una disciplina básica que se aplica por el mero hecho de la convivencia, reconociendo legalmente el papel y la responsabilidad del progenitor afín, mientras que el segundo debería presuponer una regulación más compleja, casi comparable a la filiación, que presupone un reconocimiento formal del papel del progenitor afín. Además, debe establecerse que cuando se instauren relaciones afectivas entre la niña o el niño y los familiares del progenitor afín, los primeros tienen el derecho a mantener relaciones significativas con ellos.

La responsabilidad parental, los derechos y los deberes del progenitor afín de hecho no requieren un reconocimiento formal, y dependen de que la hija o el hijo viva con su progenitor y con el cónyuge o pareja de este<sup>98</sup>. Esto impone una responsabilidad a las

---

está cumpliendo el interés del menor. Algunas muy claras y legítimas; otras no tanto. Pero me parece que las señaladas y los ejemplos incluidos nos ponen claramente de manifiesto que el mantra del 'interés del menor' se viene utilizando 'a la carta' con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)».

<sup>97</sup> Según PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», cit., p. 68, «hay que actuar con prudencia y saber desempeñar el papel, muchas veces conciliador que le corresponde. Es necesario que desaparezca del dado del progenitor esa sensación de invasión frente a la nueva figura parental representada por el nuevo cónyuge o pareja de hecho».

<sup>98</sup> LAGHI, Pasquale, «Genitorialità di fatto» ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie 'ricomposte', en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 3, p. 824 s., asigna relevancia al hecho de la convivencia como fuente de obligaciones de protección. «L'instaurazione di una 'relazione di

«nuevas» parejas, ya que todos deben ser conscientes de que iniciar una convivencia o un matrimonio con una persona que ya tiene hijas o hijos viviendo con ella, también implica asumir la responsabilidad<sup>99</sup> del cuidado y, en cierta medida, la crianza de esas hijas y/o hijos<sup>100</sup>.

La consecuencia más importante de esta condición es que el progenitor afín debe *cooperar* en el cuidado y la crianza de la hija o hijo junto con el otro progenitor y que ambos tienen derecho, incluso por separado, a tomar decisiones relacionadas con la vida cotidiana. Independientemente de que exista o no el progenitor de la hija o del hijo no conviviente, está claro que el progenitor afín debe *cooperar* en la manutención, crianza, educación y asistencia moral de la hija y/o hijo afín.

Esto implica, sin perjuicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente<sup>101</sup>, que los gastos de manutención, crianza y educación deben considerarse gastos familiares y, por tanto, deben ser asumidos por ambos cónyuges o convivientes, con independencia de que uno sea el progenitor biológico/genético/intencional y el otro solo el progenitor afín<sup>102</sup>.

---

fatto' acquisisce specifica rilevanza giuridica divenendo fonte di obblighi legalmente asseverabili; ... la convivenza del 'figlio unilaterale' con il coniuge/convivente del suo genitore biologico, può ritenersi fattore idoneo ad integrare un 'contatto sociale' particolarmente qualificato tra i predetti soggetti, dal quale – stante il fisiologico stato di debolezza del minore – sorgono degli 'obblighi di protezione' a carico dell'adulto non genitore, tali da porlo in una posizione di garanzia rispetto alla prole».

<sup>99</sup> DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo 'estatus familiae' en el Código Civil. Una nueva relación familiar», cit., p. 856, señala la importancia no sólo de la relación sanguínea sino también de un acto de voluntad en la relación paterno filial. En este sentido, no se puede descartar lo siguiente: «que un acto de voluntad en ese sentido es el del cónyuge no progenitor al admitir la convivencia en el hogar familiar del hijo o hijos de su consorte».

<sup>100</sup> DELL'UTRI, Marco, «Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'», cit., p. 314, afirma que el compromiso del progenitor de hecho con el cuidado de las hijas y los hijos del otro progenitor, que puede reconstruirse en términos de poder jurídico ejercido en el contexto de grupos privados, logra «valori e interessi che sono indefettibilmente propri della comunità familiare di cui il genitore 'di fatto' ha originariamente assunto una responsabilità fondativa, e la cui promozione e tutela deve ritenersi patrimonio di ciascun componente della famiglia».

<sup>101</sup> Comparto, si bien se refiera al caso de adopción en supuestos particulares, la solución propuesta por AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», cit., p. 65, según el cual el otro progenitor sigue teniendo la obligación de alimentos. «Detto onere si ripartisce, pertanto, nei rapporti interni tra i genitori di sangue e il genitore sociale, sulla base dei criteri posti dall'art. 148 c.c., ferma restando la regola generale della solidarietà dell'obbligazione nei confronti del figlio creditore».

<sup>102</sup> LAGHI, Pasquale, «Genitorialità di fatto» ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie 'ricomposte', cit., p. 837 s., concluye que la asunción de responsabilidades por parte del progenitor afín no puede extinguirse en caso de crisis familiar o de ruptura de la pareja. «In altri termini, dall'iniziale atto di consenso alla creazione della famiglia 'ricomposta' deriva l'adesione anche ad un sistema di rapporti che, in virtù della loro superiore dimensione assiologica e della funzionalizzazione alla realizzazione di interessi prioritari, come quello familiare, non sono liberalmente recedibili».

Las decisiones de mayor importancia se adoptarán de acuerdo con el otro progenitor del menor que no sea conviviente y, en caso de desacuerdo, se admitirá la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial sin formalidades, para que ésta, oído el menor que tenga capacidad de discernimiento, indique las medidas que se consideren más convenientes para la persona menor de edad, precisando que en casos de urgencia se dará preferencia a la decisión del progenitor biológico/genético/intencional.

En caso de ausencia u otro impedimento temporal que imposibilite transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor, ésta podría ser delegada excepcionalmente en el progenitor afín. En todo caso, si se toman decisiones de especial importancia, se compartirán con el progenitor no conviviente.

Si el padre o la madre de la niña o del niño fallecen, es necesario establecer con quién pueden o deben vivir. Si no hay otro progenitor, no creo que deba plantearse el problema, ya que se acepta automáticamente que la niña o el niño, siempre que quiera, puede seguir viviendo con el progenitor afín. Queda la posibilidad de que otras partes interesadas (por ejemplo, abuelos, tíos y, en general, parientes hasta el cuarto grado de parentesco) se opongan, exponiendo sus razones. En este supuesto, la autoridad judicial debe tomar una decisión en interés exclusivo del menor, una vez que haya escuchado a todas las partes implicadas y sobre todo la persona menor.

En cambio, cuando el otro progenitor no conviviente esté vivo, la niña o el niño deberá poder libremente decidir si quiere seguir viviendo con el progenitor afín o si quiere ir a vivir con el otro progenitor, entendiéndose que en los casos en que la niña o el niño no pueda expresar su decisión o cuando exista un conflicto, corresponderá a la autoridad judicial, tras haber oído, cuando sea posible, a la niña o al niño, tomar la decisión que realice el mejor bienestar del menor de edad.

En el caso de un progenitor afín *de facto*, no habrá consecuencias automáticas sobre el apellido de la hija o del hijo, que seguirá conservando su propio apellido o apellidos, salvo, claro está, que la hija o el hijo, con capacidad de discernimiento solicite un cambio de acuerdo con las normas vigentes.

Además del reconocimiento del progenitor afín de hecho, que es un aspecto esencial y urgente en todos los ordenamientos jurídicos, debería preverse la posibilidad de un reconocimiento formal, del que pudieran derivar consecuencias cercanas a las de la filiación. Se trataría de prever, mediante un auto dictado por la autoridad judicial, el reconocimiento del papel formal, y ya no meramente de hecho, del progenitor afín.

La solicitud debe hacerse conjuntamente por los dos cónyuges/convivientes con los que la hija o el hijo vive, y, de existir el otro progenitor no conviviente, también se habría de requerir su consentimiento. En caso de desacuerdo entre los cónyuges/convivientes y el otro progenitor, la autoridad judicial, tras oír la persona menor que tenga suficiente madurez o que pueda expresar su voluntad, adoptará la decisión que más convenga a su bienestar<sup>103</sup>.

En ausencia del otro progenitor no conviviente, a petición conjunta de los cónyuges/convivientes se concederá de oficio el reconocimiento, siempre que no haya oposición de la hija o del hijo interesado. En este caso, nombrado un defensor judicial, la autoridad judicial tomará una decisión teniendo en cuenta el mejor interés de la niña o del niño.

El reconocimiento judicial de un progenitor afín no extinguirá la relación de filiación con el otro progenitor no conviviente, que seguirá ejerciendo la responsabilidad parental en la forma establecida y conservará el derecho y el deber de mantener una relación equilibrada y continuada con su hijo y la obligación de contribuir a su manutención, cuidado, educación y crianza.

El progenitor afín, en caso de reconocimiento judicial, no se limitaría a la mera cooperación en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino que se convertiría en verdadero *cotitular* de la responsabilidad parental con los padres biológicos, genéticos o intencionales.

El progenitor afín tiene el deber, juntamente con los padres, de mantener, educar, instruir y asistir moralmente a la hija o al hijo. Todos los progenitores tienen una responsabilidad parental que deben ejercer de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones de la niña o del niño.

<sup>103</sup> No se puede compartir la preocupación expresada por AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», cit., p. 56 ss., aunque con referencia al caso de la adopción. Según el autor, la oposición o la disconformidad del otro progenitor debería ser un obstáculo para la adopción, porque no sólo hay que tener en cuenta el interés de la niña o del niño, sino también el del progenitor. Sin embargo, no creo que se plantee tal problema con referencia a la solución propuesta en el texto, considerando que el otro progenitor no pierde ni la responsabilidad parental ni el ejercicio de esta. A tal respecto, no es del todo convincente, si se aplicara a la propuesta que he formulado en el texto, la observación de Auletta orientada a demostrar que el consentimiento del otro progenitor es esencial ya que la adopción determina, de todas formas, una interferencia en la responsabilidad parental de un tercero. «L'assenso del genitore non affidatario appare necessario perché si tratterebbe pur sempre di coinvolgere un terzo nell'esercizio della potestà, soluzione che può trovare giustificazione, a seguito di provvedimento del giudice solo se sussistono gravi motivi che non ricorrono nell'ipotesi in esame».

Las decisiones de mayor interés relativas a la vida de la hija o del hijo se tomarán de común acuerdo entre las personas que ejercen la responsabilidad parental y en caso de desacuerdo la autoridad judicial decidirá, tras oír a los progenitores y a la niña o al niño, indicando la decisión que más le convenga.

En caso de fallecimiento del progenitor conviviente, la hija o el hijo debería poder seguir viviendo con el progenitor afín, salvo que exprese su voluntad de vivir con el otro progenitor. A diferencia del caso anterior, la regla general aquí sería que la niña o el niño siguen viviendo con el progenitor afín y que es necesaria una voluntad contraria específica de la hija o hijo para que se adopte una medida diferente. Si el otro progenitor no está de acuerdo, puede, sin ningún tipo de trámite, oponerse a la decisión ante la autoridad judicial, que debe, siempre que sea posible y en la medida en que sea compatible con el mejor interés del menor, cumplir con los deseos y preferencias de éste<sup>104</sup>.

La cuestión del apellido es más problemática. Debería aceptarse que el hijo pueda, si lo quiere, añadir el apellido del progenitor afín al suyo, entendiendo que este apellido, en los sistemas en los que los hijos ya tienen un doble apellido, debe añadirse al del progenitor conviviente -tal vez separado por un guion- y que el hijo habría de tener la posibilidad, según las normas del estado civil, de cambiar el orden de los apellidos.

#### 4.3. Hija o hijo afín y derechos sucesorios

Las relaciones patrimoniales entre el cónyuge o la pareja del progenitor y la hija o el hijo y, en particular, las relaciones sucesorias, deben diferenciarse en función de si el progenitor afín es de hecho o judicialmente reconocido.

<sup>104</sup> No consideraré el caso de una crisis en una familia reconstituida, que merecería un análisis independiente por sus numerosas y difíciles implicaciones conceptuales. Sólo por el bien de la discusión, creo que es posible decir que, en el caso de un progenitor afín *de facto*, la función de colaboración en el cuidado y la crianza se extingue, pero el derecho a mantener relaciones significativas debe ser protegido cuando se ha establecido un vínculo emocional entre el progenitor afín y la niña o el niño. En el caso de un progenitor afín reconocido, dado que el reconocimiento debe suponer el establecimiento de una verdadera relación de filiación, se aplicarán las normas que regulan el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de crisis familiar, adoptando todas las medidas que redunden en beneficio de la hija o del hijo. Sobre la crisis de la familia reconstituida, v. GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, cit., p. 234 y ss., espec. p. 248, «lo anterior pone en evidencia, tal y como se viene repitiendo, la necesidad de tomar en consideración los distintos modelos familiares existentes al regular las crisis matrimoniales o de pareja. Se ha de atender especialmente a la posibilidad de que existan hijos no comunes en las familias reconstituidas».

En el caso del progenitor afín de hecho, la relación que se establece entre ellos debido a la convivencia, si bien justifica el poder-deber de *colaborar* en la educación de la hija o del hijo, no es suficiente, en mi opinión, para que se puedan considerar como legitimarios recíprocos<sup>105</sup>.

Diferente es la cuestión que atañe a la sucesión intestada, también en consideración de su carácter puramente supletorio. Excluir que la relación entre el progenitor afín y la hija o el hijo es relevante para la sucesión y que su relación hereditaria debe basarse exclusivamente en la sucesión testamentaria no me parece una conclusión aceptable. No parece razonable que, en ausencia de otros parientes cercanos (por ejemplo, un cónyuge, una pareja de hecho u otros hijos), se prefiera a un pariente de cuarto grado, y por tanto a un primo o incluso al Estado, antes que al hijo con el que el progenitor afín ha vivido durante años<sup>106</sup>.

De esta consideración se desprende que sería necesario considerar a la hija o al hijo entre los sucesores legales del progenitor afín y viceversa, siendo simplemente una cuestión de dónde debe situarse la hija o el hijo en relación con el progenitor afín y, viceversa, el progenitor afín en relación con la hija o el hijo<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> La regulación de la legítima, constituyendo una restricción a la libertad de disponer, ya sea entre vivos (porque restringe la facultad de hacer donaciones y actos de liberalidad) ya sea por testamentos, debe considerarse admisible con mucha cautela. En presencia de una relación familiar entre progenitor e hija o hijo afín hijo de hecho, no se cumplen las condiciones que pueden justificar dicha limitación del poder de disposición entre vivos y *mortis causa*. Más aún si consideramos que, desde mi punto de vista, a un nivel más general, toda la regulación de la sucesión necesaria merece ser reformada, bien a través de una reducción cuantitativa de la legítima, bien a través de una ampliación del poder de desheredación. Si la base de la legítima es la solidaridad familiar, debería existir una cláusula general de desheredación en todos los casos en los que se produzca una violación de ese deber. Y si me fijo en el Derecho italiano, la reforma parece aún más urgente, considerando que el legitimario tiene una garantía esencialmente real sobre los bienes del difunto que, en determinadas condiciones, se extiende incluso a los bienes donados, con grave perjuicio para la circulación jurídicas de esos bienes.

<sup>106</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», cit., p. 73, «Las hermanas Berge de siete y ocho años respectivamente, pasaron a ser las hijas afines y a utilizar el apellido del Sr. Berge quien se hizo cargo de la educación y todos los gastos que insumía su manutención aun después de que su madre falleciera. Durante mucho tiempo el Sr. Berge manifestó que era su intención hacer los arreglos necesario a fin de desheredar a sus parientes consanguíneos y dejar sus bienes a sus hijas afines. Al morir, la Suprema Corte del Minnesota resolvió que las hijas afines no tenían derecho a heredarlo».

<sup>107</sup> VAQUER ALOY, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», cit., p. 227 s., propone que «si la convivencia es cualificada, porque ha durado un tiempo que pueda considerarse como significativo de la existencia de lazos afectivos como los que se dan en la filiación por naturaleza, entonces cabría, por lo menos, situar al hijastro o hijastra –y al padrastra o madrastra– de manera preferente a los colaterales. En el actual marco legal, colocarlo en un lugar más preferente plantearía problemas de coordinación con otros artículos».

Hay que tener en cuenta al menos dos variables para intentar formular una propuesta.

La primera se refiere al fallecimiento del progenitor de la hija o del hijo antes que el del progenitor afín; la segunda, a la capacidad de testar.

Si el progenitor afín fallece antes que el progenitor de la hija o del hijo, la posición hereditaria de éste quedaría medianamente protegida, aunque sólo sea una expectativa, a través de la sucesión de su propio progenitor. Hay que tener en cuenta que en casi todos los sistemas jurídicos el cónyuge es heredero legítimo y que el conviviente, aunque en muchos sistemas no tiene protección sucesoria, merecería, según la propuesta formulada anteriormente, ser considerado heredero intestado. En cambio, si el progenitor biológico, genético o intencional falleciera antes que su cónyuge o pareja y la hija o el hijo siguiera viviendo con el progenitor afín, la situación de la hija o del hijo sería muy distinta y no sólo tendría que compartir la herencia de su progenitor con el progenitor afín, sino que tampoco recibiría nada de éste<sup>108</sup>.

Desde otro punto de vista y en relación con la posible sucesión del progenitor afín al hijo, hay que considerar la cuestión de la capacidad testamentaria.

En muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el italiano, el menor, aunque tenga capacidad de discernimiento o suficiente madurez, no puede otorgar válidamente ningún tipo de testamento, con lo que su sucesión se rige necesariamente por la ley y se da la paradoja de que el menor, que pueda conformar y expresar su voluntad, no tiene posibilidad de sustraerse al régimen sucesorio legal. Dicha solución, sobre todo hoy en día, no puede aceptarse en absoluto y merece ser reconsiderada, previendo la posibilidad de que la persona de al menos 14 años pueda válidamente otorgar un testamento. Se puede discutir si solo puede hacer testamento notarial, como en Derecho español, o también testamento ológrafo y si bien entiendo las motivaciones que pueden justificar la primera solución, abogaría por la segunda.

Dadas estas dos premisas, es posible especular sobre el orden en que la hija o el hijo debe ser considerado heredero legal del progenitor afín y viceversa.

En mi consideración, el hijo debería ser considerado como heredero legal del progenitor afín y su sucesión debe ordenarse, a mi parecer, sobre la base de las

<sup>108</sup> AL MUREDEN, Enrico, «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», en *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 974.

siguientes reglas<sup>109</sup>. La presencia de hijas o hijos propios impide que la hija o el hijo afín tenga la consideración de heredero legal<sup>110</sup>. Esto significa que, en este supuesto, si el progenitor afín quisiera hacer heredera a su propia hija o hijo afín, tendría que hacer testamento. A falta de hijas o hijos propios del progenitor afín, la hija o el hijo afín sucedería juntamente con el cónyuge o pareja, los parientes colaterales y los ascendientes.

La hija o el hijo afín debe ser heredero de un tercio en los siguientes casos: en ausencia de ascendientes y en concurso con cónyuge/pareja; en concurso con ascendientes y en ausencia de cónyuge/pareja; en concurso con colaterales y en ausencia de cónyuge y/o ascendientes. En el caso de concurso de ascendientes, cónyuge e hija o hijo afín, el primero sucede en la mitad de la herencia y los dos últimos en un cuarto. Por último, considerando que, si hay cónyuge o ascendientes, los parientes colaterales no están llamados a heredar, hay que descartar otras posibilidades de concurso y por tanto el concurso de cónyuge, colaterales e hija o hijo afín y el de ascendientes, colaterales e hija o hijo afín.

Desde otro punto de vista, también debería aplicarse lo contrario, es decir, que el progenitor afín sea sucesor legal de la hija o del hijo afín.

El progenitor afín debe considerarse subordinado al progenitor biológico/genético de intención de la hija o del hijo y, por tanto, sólo está llamado a suceder si no hay progenitor conviviente y si la hija o el hijo sigue viviendo con el progenitor afín a pesar del fallecimiento de éste. Es discutible si el progenitor afín deba concurrir con el progenitor de la hija o del hijo que no conviva. En este sentido, también teniendo en cuenta que el progenitor afín colabora en la crianza y contribuye sustancialmente a los

<sup>109</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», cit., p. 76, «quizás la idea hoy día no sea atribuir la misma cuota que corresponde al hijo biológico, tal vez la sociedad no está preparada para ello ... pero tampoco es justo que por la razón que fuere, si el fallecido no testó, por la inveterada presunción afectiva que supone que los hijos son los más queridos, estos le hereden sin que los hijos afines puedan recibir al menos una determinada cuota parte del caudal hereditario».

<sup>110</sup> No cabe duda de que no es posible considerar a las hijas y los hijos propios y a las hijas y los hijos afines exactamente de la misma manera, a menos que se trate de un progenitor afín reconocido, lo que, he mantenido, equivale a crear una relación de filiación sustancial. Si no creáramos esta diferencia entre las hijas y los hijos biológicos y las hijas y los hijos afines, en el caso de progenitor afín de hecho, la normativa tendría que ser considerada inconstitucional, por violación del principio de igualdad y razonabilidad, ya que se tratarían de la misma manera situaciones que son muy diferentes. Desde otro punto de vista, excluir que una hija o un hijo afín, a falta de hijas o hijos biológicos, pueda ser considerado heredero legal, sería también contrario al principio de razonabilidad, más aún si se considera que incluso en presencia de un fuerte vínculo afectivo, la hija y el hijo afín sería preferido a parientes mucho más lejanos (como primos) e incluso al Estado.

gastos de manutención, educación y formación de la hija o del hijo, me inclinaría por considerar que se debe dar un concurso, otorgando al progenitor afín una cuarta parte del haber hereditario de la hija o hijo afín. Por último, el progenitor afín también debe concurrir con los ascendientes y parientes colaterales de la hija o hijo afín, recibiendo en ambos casos una cuarta parte de la herencia.

En el caso de un progenitor afín reconocido, asimismo teniendo en cuenta la función parental plena que ejerce y que su posición implica también el consentimiento del progenitor que no convive, la posición de la hija o del hijo afín debe equipararse esencialmente a la del hijo o hijo biológico/genético/de intención en lo que respecta tanto a la sucesión intestada como a la sucesión forzosa. Y esto vale no solo con respecto a la sucesión (intestada y forzosa) entre el progenitor afín y la hija o el hijo afín, sino también, a la inversa, con respecto a la sucesión (intestada y forzosa) entre la hija o el hijo y el progenitor afín. Solo hay que añadir que, si existieran los tres progenitores, la herencia de la hija o del hijo tendría que dividirse a partes iguales no entre dos, sino entre tres progenitores, superando, por lo tanto, la idea de la doble línea en el Derecho de sucesiones.

El reconocimiento formal de la relación con el progenitor afín, que, como hemos dicho, conlleva consecuencias en el ámbito personal comparables a las que se derivan de la relación paterno filial, debe conllevar también consecuencias similares en el ámbito patrimonial y, en particular, en el sucesorio.

## 5. CONCLUSIONES

La importancia social de las familias recompuestas impone al jurista la responsabilidad de adoptar sin demora normas que den respuesta a los problemas personales y patrimoniales que se plantean. La urgencia de esta intervención hace necesaria una reflexión sobre la multiparentalidad y, por tanto, sobre el papel de la maternidad y paternidad<sup>111</sup>.

Debemos tener la valentía de decir que la forma en que se establecen las relaciones paterno-filiales debe cambiar, y que no pueden basarse únicamente en datos genéticos y biológicos, y requieren un enfoque más amplio que reconozca, más allá de la

<sup>111</sup> Comparto la propuesta de GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, cit., p. 253 ss.

adopción, tanto a los padres intencionales como a los padres afines<sup>112</sup>. La maternidad y paternidad no puede limitarse a un hecho puramente biológico y natural, porque implica asumir la responsabilidad del cuidado y la educación del hijo o hija<sup>113</sup>.

Hay que partir de la base de que, en principio, cada hija e hijo tiene dos vínculos filiales. Debemos superar la idea de que deben ser necesariamente padre y madre, ya que podrían ser dos madres o dos padres, incluso mediante el uso y dentro de los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la existencia de la doble filiación no debería ser un obstáculo para el reconocimiento de situaciones de multiparentalidad, porque es muy posible que otras personas tengan una importante función parental, que la ley no puede pasar por alto.

En el caso de las familias recompuestas, para las que urge este reconocimiento, debe darse plena importancia al papel del progenitor afín, y creo que esto debe hacerse, como he intentado proponer, distinguiendo entre el caso del progenitor afín de hecho, es decir, un caso en el que debe aplicarse una regulación básica por el mero hecho de que una persona, como cónyuge o conviviente del progenitor, ejerza la función de progenitor y coopere en el cuidado de la hija o del hijo, y el progenitor afín reconocido, que implica un reconocimiento legal, del que se deriva una relación paterno filial plena.

Se trata de un reto de gran envergadura en el que no pueden bastar las concesiones paliativas basadas en la adopción<sup>114</sup>, sino que se requiere una verdadera revolución copernicana por parte de los juristas, que es la única que puede permitir devolver una

<sup>112</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», cit., p. 287, «la moderna conceptualización de la familia ha de adoptar más bien una perspectiva funcional, de conformidad con la cual la familia no se define como una institución destinada a cumplir objetivos económicos ni de legitimidad y ubicación social de sus miembros; más bien al contrario, en la actualidad ve prácticamente reducida su función a la faceta afectiva y emocional, en la que cuentan sobre todo las relaciones de solidaridad, cuidado y compasión entre sus miembros».

<sup>113</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿Una ecuación lineal?», cit., p. 79, «la necesidad de redibujar el concepto de familia, de acercar los derechos hereditarios a los verdaderamente afectivos, más allá aún de la sangre y de adecuar los clásicos moldes de las sucesiones *ab intestato* a las nuevas formas familiares que pulsán el devenir de estos tiempos, son retos que debemos imponernos, si queremos despejar de una vez por todas, las variables que conforman la compleja ecuación social que las familias ensambladas representan».

<sup>114</sup> En sentido parcialmente diferente, FERRANDO, Gilda, «Familias recompuestas y padres nuevos», en *Derecho y sociedad*, n. 28, 2007, p. 316, «la adopción en supuestos particulares y la adopción de mayores de edad se vuelven instrumentos dúctiles para formalizar las relaciones entre los componentes de la nueva familia, sin despojar de legitimidad, completamente, al otro progenitor».

importancia renovada a la maternidad y paternidad, fundada sobre el cuidado<sup>115</sup>, y realizar plenamente el mejor interés de las niñas y de los niños.

#### BIBLIOGRAFÍA

AL MUREDEN, Enrico, «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», en *Famiglia e diritto*, 2016, 10, pp. 966-979.

ALLARA, Mario, *La successione familiare suppletiva*, Torino, Giappichelli, 1957.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «Maternidad y paternidad. Nuevos escenarios a propósito de la Constitución cubana de 2019», en Pérez Gallardo, Leonardo B.; Cánovas González, Daimar (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, pp. 187-209.

ANELLO, Giancarlo, «Libertà di religione, matrimonio islamico e 'diritto alla famiglia'» en *Rassegna di diritto civile*, 2000, 2, pp. 243-253.

AULETTA, Tommaso, «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», en Bianca, Cesare Massimo; Malagoli Togliatti, Marisa; Micci, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 48-74.

BARBA, Vincenzo,

- «Adempimento e liberalità nella successione del convivente», en *Rassegna di diritto civile*, 2015, pp. 1-33.
- «La sucesión de los legitimarios en Italia. Principios, problemas y propuestas», en Barba, Vincenzo; Pérez Gallardo, Leonardo B. (dirs.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Ediciones Olejnik, Chile, 2021, pp. 73-109.
- «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», en *Actualidad Civil*, n. 1, enero 2022, pp. 1-27.
- «Reflexiones para una enmienda al artículo 540, párrafo 2, del Código Civil italiano», en *Scritti in onore di Antonio Flamini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 85-98.
- «Sui diritti successorî di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro», en *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1781-1793.
- «Sui diritti successorî di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza», en *Jus civile*, 2013, 10, pp. 605-650.
- *La successione dei legittimari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.
- «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», in *Actualidad Civil*, n. 1, enero 2022, pp. 1-27

BARBA, Vincenzo; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dirs.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Ediciones Olejnik, Chile, 2021.

<sup>115</sup> VARELA CASTRO, Ignacio, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», cit., p. 1031, «el Derecho privado debe contribuir a superar el escaso reconocimiento social que se tiene del cuidado y situarlo a la altura de su verdadera trascendencia».

BOSCH I CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en Área de Dret Civil, Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del dret de família*. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 241-274.

BRUSCUGLIA, Luciano «Famiglie ricomposte e rapporti patrimoniali», en Bianca, Cesare Massimo; Malagoli Togliatti, Marisa; Micci, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 34-41.

BUSNELLI, Francesco Donato, «La famiglia e l'arcipelago familiare», en *Rivista di diritto civile*, 2002, 4, pp. 509-530.

CREA, Camilla,

- «Famiglie migranti: dialogo tra sistemi ed effettività delle tutele», en *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2014, 3, pp. 125-138.
- «L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea», en *Rassegna di diritto civile*, 2016, 1, pp. 246-281.

CROCE, Mariano, «Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue», en *Law & Critique*, 2015, pp. 65-89.

DAYAMIS RAMÍREZ, Thomas; GRETCHER LAMAS, Bertrán, «La familia ensamblada: una nueva concepción familiar», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 15, Nº. 48, 2018, p. 230-244.

DE MAURO, Antonio, «Le famiglie ricomposte», en *Famiglia*, 2005, pp. 767-775.

Dell'Utri, Marco, «Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'», en *Famiglia*, 2005, pp. 275-322.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana,

- *Los derechos sucesorios de la pareja de hecho*, Aranzadi, Madrid, 2007.
- «El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2009, Nº 12, pp. 9-67.

FALZONE CALVISI, Maria Giovanna, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993.

FERRANDO, Gilda, «Famílias recompuestas y padres nuevos», en *Derecho y sociedad*, n. 28, 2007, pp. 311-319.

FERRER RIBA, Josep, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en Barber Cárcamo, Roncesvalles; Quicios Molina, María Susana; Verdera Server, Rafael (coord.), *Retos actuales de la filiación (XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 297-327.

GARCÍA RUBIO, María Paz,

- «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en Abad Tejerina, Paloma (Coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 279-290.
- «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», en *Actualidad Ibérico Americana*, n. 13, agosto 2020, pp. 14-49.
- «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 Sole Resina (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M<sup>o</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-220.

- «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 10, 2006, pp. 113-138.
- «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº. 30, 2021 (Ejemplar dedicado a: Derecho Privado y Autodeterminación de Género), pp. 82-114.

GARCÍA-MINA FREIRE, Ana; CARRASCO GALÁN, María José; ESPINAR FELLMANN, Isabel; MARTÍNEZ DÍAZ, María Pilar, «Familias reconstituidas un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», en *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 60, Nº 116, 2002, pp. 185-198.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GORELL BARNES, G.; THOMPSON, P.; BURCHARDT, N., *Growing up in stepfamilies*, Oxford, Clarendon, 1997

GRANDE, Elisabetta, *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Giappichelli, Torino, 2018.

GROSMAN, Cecilia P.; MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Universo, Buenos Aires, 2000.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón; MARTÍNEZ RUANO, Pedro; PAÑOS PÉREZ, Alba, «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 91, Nº 749, 2015, pp. 1173-1195.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 627-642.

JEMOLO, Arturo C., «*La famiglia e il diritto*», en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VIII, Napoli, 1949, p. 38-57.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», en *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>, consultata il 10.11.2021.

LABACA ZABALA, María Lourdes,

- «El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español», en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2009, 18, pp. 261-331
- *La familia polígama islámica en la legislación española*, San Sebastián, Delta, 2005.

LAGHI, Pasquale, «Genitorialità di fatto» ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie 'ricomposte', en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 3, pp. 815-841.

LIPARI, Nicoló, «Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 3, pp. 715-728.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 13, 2020, pp. 194-223.

MARCELINO DE SOUZA, Lara; NOGUEIRA RÊGO, Lorena, «Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: Paradigmas do poliamor no direito de família», en *FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, 2013, 2, pp. 184-202.

MARTÍNEZ, Alejandro, «El poliamor a debate», en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2017, 17, pp. 75-107.

MATERA, Vincenzo, *L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste*, en [https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh\\_ce-cp](https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh_ce-cp), consultata il 3.1.2021, dà conto di talune interessanti strutture c.d. familiari: «fra gli Igbo della Nigeri».

MAZZONI, Silvia, «Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, XXVIII, pp. 369-384

MEDINA, Susana, «Socio afectividad y Derecho de Familia», en *Derecho de Familia. Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 45, n. 101, 2020, II, pp. 85-101.

MÉNDEZ TRUJILLO, Iris María, «El estatuto de los padres y madres afines», en Pérez Gallardo, Leonardo B.; Cánovas González, Daimar (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, pp. 239-253.

OLIVERA ROTONDANO, Ricardo, «Entre monogamia e poliamor: o futuro da familia no Brasil», en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2018, 44, pp. 35-61.

PATTI, Salvatore,

- «Dall'isola all'arcipelago», en AA. VV., *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano* (Atti del Convegno di Venezia, 11/12/13 novembre 2021), in corso di pubblicazione.
- «Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione», en *Rivista di diritto civile*, 2021, 2, pp. 392-397.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.,

- «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión 'ab intestato': ¿Una ecuación lineal?», en *Revista de Derecho privado*, 2011, pp. 63-81.
- «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos», en Pérez Gallardo Leonardo B., *El Derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 215-240.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (DIRS.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020.

PERICÁS SALAZAR, Luisa, «El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad», en *Aranzadi social*, 2007, 5, pp. 1709-1717.

PERLINGIERI, Giovanni, «IN TEMA DI RAPPORTI FAMILIARI POLIGAMICI», EN *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, 3, pp. 821-849.

PUNTES GÓMEZ, Anabel, «Las familias ensambladas: un acercamiento desde el Derecho de familia», en *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 2014, 6, pp. 58-82.

REBOLLEDO VARELA, ángel Luis, «La actualización del Derecho sucesorio español antes los cambio sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en Rebolledo Varela,

ángel Luis (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-41.

RESCIGNO, Pietro,

- «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», en *Familia*, 2002, pp. 1-8.
- «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», en Bianca, Cesare Massimo; Malagoli Togliatti, Marisa; Micci, Anna Lisa, (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 23-26.

RIVAS RIVAS, Ana Maria, «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», (disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9f0d0221-78de-4e2f-baac-113149310d5e/9+La+proteccion+social+ante+los+nuevos+modelos+de+familias.+el+ caso+de +los+ hogares+recompuestos%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES>; consultado il 24/11/2021).

RIZZUTI, Marco, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

ROCA TRIAS, Encarna, «Familia, familias y Derecho de la familia», en *Anuario del Derecho Civil*, 1990, 4, pp. 1055-1092.

SABATER BAYLE, Elsa, «Los derechos sucesorios de las parejas estables en la reciente doctrina del Tribunal constitucional», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, agosto 2015, pp. 543-554.

SARACENO, Chiara, *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Bari, 2017.

SCHERMAN, Ida A.; MENDOZA, Elena, «Familia ensamblada o reconstituída (parentesco por afinidad)», en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Mendoza (Argentina), Vol. 4, 1998, Universidad Nacional de Cuyo, pp. 47-51

SESTA, Michele, «Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», en *Familia*, 2003, pp. 123-166

SWENNEN, Frederik; CROCE, Mariano, «Family (Law) Asemblages: New Modes of Being (Legal)», en *Journal of Law and Society*, 2017, pp. 532-558.

SWENNEN, Frederik; CROCE, Mariano, «The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands», en *Socials & Legal Studies*, 2016, pp. 181-203.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, «Relaciones poliafectivas y protección de la familia», en *Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 45, número 101, 2020, II, pp. 165-189.

VAQUER ALOY, Antoni, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 67-100.

VAQUER ALOY, Antoni; IBARZ LÓPEZ, Noelia, «Las Familias Reconstituidas y la Sucesión a título legal», *Revista de Derecho civil*, 2017, 4, pp. 211-235.

VARELA CASTRO, Ignacio, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en Tomás, Gema; Vidu Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1007-1031.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», en *Actualidad laboral*, 2003, 3, pp. 581-601.

VENTURELLI, Alberto, «L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni legittime», en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 2, pp. 481-510.

VERCELLONE, Antonio, «Più di due: Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore», en *Rivista critica del diritto privato*, 2017, 4, pp. 607-637.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «El matrimonio poligámico y el orden público», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2019, 952, p. 8.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.05.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23.09.2022