

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Año LXXVIII

Núm. 2.278 Bis

Agosto de 2024

MONOGRÁFICO



REINTERPRETANDO LAS RELACIONES FAMILIARES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR

Esta publicación constituye el contenido de las ponencias y conferencias pronunciadas en el Congreso Internacional, celebrado en la Universidad Adolfo Ibáñez de Santiago de Chile los días 27 a 29 de septiembre de 2023, desarrollado al amparo del Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. A la misma se incorporan igualmente los trabajos desarrollados por otros componentes del equipo de investigación y de trabajo.

Edita

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno
documentación.publicaciones@mjusticia.es

ISSN

3020-6251

NIPO

143-24-001-2

Maquetación

trececho edición, S. L.

Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

Catálogo de publicaciones

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado

PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un Director, un Secretario y un consejo de redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del Derecho, reseñas de libros jurídicos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, traducciones de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

[Contacto Boletín](#)

[Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de la Presidencia,
Justicia y Relaciones con las Cortes](#)

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

MONOGRÁFICO

**REINTERPRETANDO LAS RELACIONES FAMILIARES
A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR**

Año LXXVIII

Núm. 2.278 Bis

Agosto de 2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

ÍNDICE

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María y BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Presentación». 8

PRIMER BLOQUE: PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENTRE FAMILIARES EN EL DERECHO DE FAMILIA. INCIDENCIA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD EN SENTIDO POSITIVO

RELACIONES VERTICALES

ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena: «El principio de solidaridad familiar a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana» 18

ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy: «Parentalidad socioafectiva y solidaridad familiar: ¿Un relato posible?» 55

BRAVO PÉREZ, Isabella: «Socioafectividad y nuevas configuraciones familiares: una aproximación desde las familias de acogida» 84

DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «Perspectivas de reconocimiento en el derecho español y chileno de la gestión subrogada, conforme a los principios de la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar» 110

ESPINOSA BAYAL, María Ángeles: «El derecho de los niños y niñas a vivir en familia: las familias acogedoras como ejemplo de solidaridad familiar» 143

HERRERA, Marisa: «Principio de solidaridad familiar y obligación alimentaria. Una revisión crítica desde el derecho argentino» 181

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «El valor positivo y negativo de la afectividad en la relación paterno-filial» 235

RELACIONES HORIZONTALES

DE LA TORRE, Natalia: «La compensación económica como expresión de la solidaridad familiar tras la ruptura de pareja en Argentina» 318

**INCIDENCIA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD EN SENTIDO POSITIVO
EN OTROS ÁMBITOS**

MACÍA MORILLO, Andrea: «El principio de solidaridad familiar en los ámbitos relacionados con la salud» 351

**SEGUNDO BLOQUE: PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENTRE FAMILIARES
EN EL DERECHO DE SUCESIONES. INCIDENCIA DE LA AFECTIVIDAD
EN SENTIDO NEGATIVO**

CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «La indignidad para suceder del progenitor que no prestó alimentos: propuesta de *lege ferenda*» 407

ESPADA MALLORQUÍN, Susana: «Solidaridad familiar, deber de cuidado del adulto mayor y atribuciones y privaciones sucesorias en el derecho chileno» 443

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: «El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria» 474

PRESENTACIÓN

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

PILAR BENAVENTE MOREDA
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

Esta publicación colectiva constituye el resultado final del estudio llevado a cabo durante cuatro años (2020 a 2024) por los investigadores y miembros del equipo de trabajo del Proyecto de I+D+i, «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, cuyas investigadoras principales son Alma María Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda, profesoras de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. En particular, la presente obra colectiva recoge buena parte de las ponencias presentadas en el Congreso Internacional «Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad familiar», celebrado del 27 al 29 de septiembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez de Santiago de Chile. No obstante, también se incorporan otros trabajos de investigadores del Proyecto que no pudieron asistir como ponentes al citado congreso, así como de miembros del equipo de trabajo del mismo y otros colaboradores expertos en la materia abordada.

El objetivo del Proyecto de Investigación consistía, en esencia, en el análisis del alcance y de los límites del principio de solidaridad familiar en el momento actual. Determinados factores acontecidos en los últimos años, bien de signo jurídico o bien socioeconómico (como la igualdad y la independencia de la mujer con su entrada en la vida laboral, la aparición de nuevos modelos de familia a partir de relaciones de afecto o de cuidados entre personas sin vínculo de parentesco, el envejecimiento de la población, la crisis económica o el reforzamiento de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad), han provocado cambios relevantes en la delimitación del principio de solidaridad familiar, tanto en instituciones que afectan al derecho de familia como al derecho de sucesiones. La finalidad de nuestro estudio durante estos cuatro años ha sido profundizar en tales cambios y, en suma, indagar en qué ámbitos concretos el principio tradicional de solidaridad se ha mantenido invariable, en qué ámbitos se considera hoy conveniente su atenuación o su supresión y, por último, en qué ámbitos ha experimentado una ampliación o, incluso, una creación *ex novo*.

En la Memoria del Proyecto solicitado en su día partimos de dos grandes ámbitos para el desarrollo de nuestra investigación respecto al juego del principio de solidaridad entre familiares: el primero referido al derecho de familia y el segundo al derecho de sucesiones. Los distintos trabajos que conforman el presente número monográfico se encuadrarán en uno u otro bloque.

En primer lugar se aborda el principio de solidaridad entre familiares dentro del derecho de familia. Sin ninguna duda la individualización de los ámbitos concretos en los que juega o ya no juega el principio de solidaridad familiar nos ha conducido inevitablemente a tener que cuestionarnos el concepto tradicional formal de familia y a tener que plantearnos cuál es hoy la esencia de las relaciones familiares. Tras nuestro estudio hemos concluido que se abre paso la entrada del afecto como nuevo término jurídico (socioafectividad) y, con ello, un concepto funcional de familia. El afecto, a diferencia del dato genético o biológico, no suele mencionarse en las normas jurídicas reguladoras de la familia: así, en la época correspondiente a la codificación decimonónica no era común que el afecto tuviera relevancia en el plano jurídico, a pesar de que este sentimiento es el que desde siempre constituye, de hecho, la esencia y el fundamento de las relaciones familiares.

La entrada del afecto como nuevo concepto jurídico ha traído consigo un conjunto de desafíos a resolver por el legislador: la definición del propio concepto de socioafectividad y la clasificación y análisis de los problemas que presentan al derecho tanto las relaciones afectivas no reguladas como las reguladas de forma limitada. Así, por ejemplo, se plantea como un interrogante la posible extensión a estas dos últimas relaciones de los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento sí reconoce, como la obligación de alimentos o los derechos sucesorios. Se cuestiona la doctrina, igualmente, cuál ha de ser la función del Estado frente a las relaciones sociales que poseen como fundamento el afecto, a fin de determinar si debe dejarse su regulación a la libre autonomía de la voluntad o si aquellas deberían ser objeto de regulación estatal, ya sea mediante la creación de una regulación *ad hoc* o mediante su inclusión en estructuras previamente existentes, no pensadas en principio para darles cobertura.

Lo que parece ya hoy evidente es que no es posible ni deseable una construcción jurídica de la familia que se reduzca a los lazos de sangre entre sus miembros, y que ha de ponerse el acento en el vínculo generado por el cuidado mutuo y la interdependencia, la afectividad y la solidaridad entre sus miembros. Este nuevo enfoque funcional del concepto de familia va ligado, sin duda, a la tutela reciente de una pluralidad de modelos familiares. Durante los últimos años se han producido cambios en la sociedad y en el derecho, los cuales han llevado consigo la pérdida de la necesaria ligazón anterior entre el matrimonio y la paternidad, dando lugar a una disociación de las diferentes facetas de la paternidad (genética, biológica, volitiva, social y legal) y a la consiguiente pluralidad de modelos familiares. Es claro que la aparición de las técnicas de reproducción asistida y el reconocimiento de las parejas del mismo sexo han jugado un relevante papel en este proceso de cambio. También la aceptación creciente de los derechos de las personas transexuales o intersexuales implica un desafío al sistema binario de género, con

sustancial incidencia en la noción tradicional de paternidad y de familia. Precisamente, al existir hoy tantos modelos familiares distintos, se sugiere que el afecto es uno de los rasgos estructurales, el denominador común de los diferentes modelos.

Dentro del presente número monográfico, un primer grupo de trabajos, referidos a las relaciones verticales (entre progenitores e hijos), persigue adentrarse en lo que podría denominarse la incidencia positiva de la socioafectividad, que se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito de la filiación. Tiene lugar respecto a personas entre las que, no habiendo un previo vínculo paterno-filial de base biológica o legal, se ha generado un cierto vínculo familiar o cuasifamiliar, de mayor o menor intensidad, que lleva consigo una serie de derechos y deberes similares a los paterno-filiales, de modo que en esta hipótesis, sin ninguna duda, existe una novedosa ampliación del principio de solidaridad familiar. Así, sostiene Rommy Álvarez Escudero («Parentalidad socioafectiva y solidaridad familiar: ¿Un relato posible?») que la solidaridad familiar puede considerarse como principio central, no solo de la familia ligada por nexos biológicos o legales, sino también de las realidades familiares apoyadas en vínculos afectivos permanentes, públicos y recíprocos. La anterior idea, unida a la afirmación de la responsabilidad que implica la asunción de funciones parentales en favor de menores, le lleva a concluir la generación de ciertos deberes en cabeza de quien ejerce la parentalidad socioafectiva, pudiendo tener también una proyección en materia sucesoria.

A conclusiones similares llega Marisa Herrera en su estudio «Principio de solidaridad familiar y obligación alimentaria. Una revisión crítica desde el derecho argentino», que profundiza en si es posible reclamar alimentos a una persona con quien se tiene un fuerte vínculo afectivo, pero respecto de la que no hay ningún título ni ropaje jurídico familiar. La autora lleva a cabo un examen crítico del régimen previsto en el ordenamiento de su país, Argentina, con el fin de analizar si este permite hacer frente a la complejidad ínsita hoy en el concepto de familias en plural y llegar a realizar un estudio crítico del derecho de alimentos, deteniéndose en casos difíciles, como, entre otros, las relaciones dentro de las familias reconstituidas (progenitores e hijos afines, e incluso exprogenitores afines) o las reclamaciones de alimentos una vez que se ha impugnado la paternidad.

En esta misma línea de visibilizar la entrada de la socioafectividad en el ordenamiento, mediante la apertura de vías frente a un sistema tradicional de filiación biologicista y dual, se hallan dos trabajos que se centran en una institución más allá de la consanguinidad, como es el acogimiento familiar. El primero, «Socioafectividad y nuevas configuraciones familiares: una aproximación desde las familias de acogida», cuya autora es Isabella Bravo Pérez, lleva a cabo un análisis jurídico de esta figura en el ordenamiento chileno, concluyendo que la permanencia continuada de un menor bajo los cuidados de sus guardadores genera afectos que inciden tanto en el derecho a la identidad como en el interés superior del menor. María Ángeles Espinosa Bayal, autora del segundo trabajo, «El derecho de los niños y niñas a vivir en familia: las familias acogedoras como ejemplo de solidaridad familiar», describe, desde una perspectiva psicológica y de la educación, la situación del acogimiento familiar en España. Concluye, a partir de los datos de un estudio empírico realizado con familias acogedoras de la Comunidad

Autónoma de Madrid, que el acogimiento familiar requiere de un fuerte compromiso de las Administraciones públicas para proporcionar los suficientes recursos personales y materiales que permitan canalizar la solidaridad de las familias acogedoras, en aras del interés superior de los y las menores acogidos.

Por su parte, Yadira Elena Alarcón Palacio, en su trabajo «El principio de solidaridad familiar a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», hace hincapié en los supuestos de personas vulnerables. Así, desarrolla el principio de solidaridad a partir de las premisas constitucionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, para establecer cómo se ha interpretado su aplicación en el ámbito familiar, cuáles serían los rasgos característicos de su alcance y quiénes son los sujetos que, en virtud de tal principio, adquieren unas obligaciones y detentan unos derechos, predicables, en primer lugar, de sus parientes y, en ausencia de ellos, de la sociedad y del Estado. En particular, analiza la aplicación del principio de solidaridad frente a parientes en situación de vulnerabilidad por motivo de salud, frente a los menores con discapacidad, frente a las personas de la tercera edad y, por último, frente a niños, niñas y adolescentes en relaciones de cuidado.

Dentro de este mismo bloque, y con idéntica idea de apertura de nuevas manifestaciones del principio de la solidaridad familiar, se halla el trabajo de María del Rosario Díaz Romero, «Perspectivas de reconocimiento en el derecho español y chileno de la gestación subrogada, conforme a los principios de la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar». A su juicio, el abordaje de esta temática pasa por analizar la cuestión a partir de los intereses protegidos de todas las partes implicadas. No es fácil tratar este tema sin que surjan dudas, producto de debates internos en los diferentes países, pero lo que sí queda claro para la autora es la necesidad de dar seguridad jurídica a la situación de los menores afectados, por lo que el principio fundamental a tener en cuenta es el del interés superior del menor. Desde esta perspectiva se plantea cuál es dicho interés principal del menor a proteger: ¿Su origen biológico y la determinación de su filiación en base a él, o su «origen de intención» y la determinación de la filiación en favor de los padres de intención? La autora señala, además, como novedad más actual propuesta tanto en España como en Chile, la visión de esta práctica desde la realización altruista de la gestación, introduciendo de lleno con ello el principio de solidaridad familiar, que permite la posibilidad de gestación por mujeres del entorno familiar, que se ofrezcan de forma gratuita a favor de personas de su propia familia.

Además del nuevo campo que tiene el principio de solidaridad familiar en la gestación subrogada apuntado por el anterior trabajo, es posible referirse a otra manifestación del mismo dentro de idéntica temática. Así, el principio de solidaridad familiar llevaría, una vez nacido el niño, a plantearse la pertenencia de la madre gestante al círculo familiar de los «padres de intención». En este sentido, la propia Ley Orgánica de Protección del Menor o los diversos tratados y convenios internacionales priorizan la permanencia del menor en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para aquel. Indudablemente, ello pasaría por la admisión del derecho del menor a conocer sus orígenes respecto a la madre gestante.

Todos los trabajos del presente número monográfico mencionados hasta ahora permiten concluir que hay razones de peso para dar paso a la socioafectividad como un concepto jurídico central en el nuevo derecho de familia; entre otras, la adaptación a la realidad social actual, la aparición de nuevos modelos familiares y el predominio creciente del afecto sobre los lazos de sangre. Lo que parece sensato, en cualquier caso, tal y como sostiene Alma María Rodríguez Guitián («El valor positivo y negativo de la afectividad en la relación paterno-filial»), es que tal cambio a favor del reconocimiento de la parentalidad socioafectiva debería proceder del legislador, y ello en la medida en que el problema no es ya el reconocimiento en sí de la socioafectividad, sino la regulación de los presupuestos que deberían concurrir para dicho reconocimiento y, sobre todo, de las consecuencias jurídicas que el mismo implicaría.

En este último sentido apunta la anterior autora que la admisión de la parentalidad social o socioafectiva implica mucho más que una reforma en materia de filiación, dadas las múltiples implicaciones de esta última materia en otros ámbitos, como la vecindad civil, la nacionalidad, los apellidos, el derecho-deber de alimentos o los derechos sucesorios. No cabe olvidar, además, que la determinación de la filiación también genera, en última instancia, obligaciones a asumir por la descendencia, aunque sea en un futuro, por lo que es posible que hijos e hijas, una vez alcanzada la mayoría de edad, deban hacer frente a responsabilidades de tipo alimenticio respecto a más de dos progenitores (biológicos y/o socioafectivos). Desde luego el desarrollo de una propuesta de regulación integral de todos los aspectos implicados es clave para la admisión de esta nueva parentalidad social.

Dentro de este primer bloque de trabajos ha de aludirse también a los relativos a las relaciones horizontales, entre cónyuges o convivientes y desde una perspectiva de socioafectividad entendida en positivo. En concreto, y en el marco de las relaciones conyugales constante matrimonio, en el Congreso origen de este monográfico Pilar Benavente Moreda realizó una ponencia titulada «Hacia una revisión de las reglas que rigen el equilibrio de las masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: solidaridad o puro negocio». En ella se analizaban, dentro de las diferentes reglas sobre compensación y reembolso en la economía familiar, aquellas especialmente previstas dentro del régimen de la sociedad de gananciales, destinadas a reembolsar los gastos o pagos realizados a costa de o con cargo a un patrimonio diferente del titular del bien adquirido o del gasto asumido. Mereció especial atención el análisis de la jurisprudencia reciente en relación con las aportaciones realizadas de manera consensuada y voluntaria previstas en el artículo 1355 del Código Civil, a favor del patrimonio ganancial cuya valoración ha sido objeto de un reciente giro interpretativo por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El juego de los reembolsos dentro de la sociedad de gananciales tradicionalmente ha sido considerado como elemento meramente equilibrador de las masas patrimoniales, aunque dadas las características específicas de los patrimonios a los que afecta, dentro del seno del matrimonio, bien podrían ser considerados igualmente como una especial manifestación del principio de solidaridad patrimonial

familiar, atendiendo a la forma específica en que tales reembolsos se producen, sobre todo cuando el patrimonio favorecido es el ganancial.

Ya situándonos dentro del principio de solidaridad tras la crisis matrimonial o de pareja, aunque sí puede seguirse hablando del mantenimiento de tal deber de solidaridad tras la ruptura, sin embargo, parece claro que dicho deber se ve cada vez más limitado o atenuado en la actualidad a raíz de ciertos factores socioeconómicos, como pueden ser los ya mencionados de la entrada de la mujer en la vida laboral o la crisis económica. Objeto de estudio dentro del presente monográfico, en cuanto manifestación del principio de solidaridad en esta fase, es la figura de la compensación económica, que es analizada por Natalia de la Torre en su artículo «La compensación económica como expresión de la solidaridad familiar tras la ruptura de pareja en Argentina». Tal trabajo reflexiona sobre el alcance de la figura de la compensación económica en el derecho argentino, a partir de algunos argumentos críticos planteados por jurisprudencia y doctrina, junto con la exposición de propuestas de reforma legislativa presentadas en el Parlamento. En particular, se analizan los presupuestos de carácter formal para poder acceder a la compensación económica, y se pone de relieve la falta de previsión normativa de una compensación posruptura por las tareas realizadas en el hogar, frente a la normativa del derecho español para el caso de matrimonios sujetos al *régimen de separación de bienes*.

Por último, dentro de este primer bloque, pero como un epígrafe distinto a las relaciones verticales y horizontales, denominado «Incidencia de la socioafectividad en sentido positivo en otros ámbitos», se encuadra la investigación de Andrea Macía Morillo («El principio de solidaridad familiar en los ámbitos relacionados con la salud»). La autora persigue, por una parte, examinar si el principio de solidaridad familiar posee un campo de aplicación fuera del derecho de familia y de la regulación directa de los derechos y deberes económicos entre los parientes, manifestándose también en el denominado derecho biomédico. Para ello, busca individualizar cuáles son los preceptos legales en esta rama del derecho en los que se alude a parientes, familiares o allegados del enfermo o paciente, para analizarlos y determinar si se trata de un hecho aislado o generalizado en el ámbito de la salud. En concreto, la autora analiza si existe algún rasgo uniforme entre tales menciones que permita averiguar si detrás de ellas hay una base común que conduzca hacia el principio de solidaridad familiar. Ello le sirve para proponer un criterio interpretativo con el que acotar los sujetos mencionados por las normas analizadas, sobre la base del principio de solidaridad familiar.

El segundo gran bloque en el que se pueden clasificar los trabajos incluidos en este número monográfico es el alcance actual del principio de solidaridad entre familiares en general en el derecho de sucesiones y, en particular, en las legítimas. Se ha sugerido en este sentido que una rígida protección de la legítima, concebida como cumplimiento de un exclusivo deber del causante respecto a su legitimario, es reflejo de una visión puramente patrimonial del principio de solidaridad. Sin embargo, hay otra forma de comprender este principio como expresión de la dignidad humana y no únicamente como expresión del interés familiar, que posibilita valorar no solo la relación de parentesco,

sino también la intensidad del vínculo afectivo del legitimario hacia el causante y el estado de necesidad del pariente.

Varios artículos en el presente monográfico subrayan la importancia y consecuencias que tendría hoy la falta de cuidados y afecto entre personas llamadas a suceder, debiendo ello tener efectos claros en la exclusión de derechos sucesorios. Esta idea cabe denominarla «incidencia de la afectividad en sentido negativo». Así, desde el ordenamiento chileno, Susana Espada Mallorquín, en su trabajo «Solidaridad familiar, deber de cuidado del adulto mayor y atribuciones y privaciones sucesorias en el derecho chileno», estudia la existencia de un deber de cuidado de los adultos mayores en dicho ordenamiento y la relación entre dicho deber y la solidaridad familiar, así como las consecuencias de su incumplimiento tanto en la sucesión testada como en la intestada. De este modo, cabe cuestionar el mantenimiento de las atribuciones patrimoniales intestadas y legitimarias en favor de quienes incumplen sus deberes familiares de cuidado recíproco. A través de los argumentos expuestos en el artículo, la autora pretende generar un espacio de reflexión sobre cómo el derecho sucesorio se convierte en un instrumento desde el ámbito del derecho privado para promover y garantizar el cumplimiento de dicho deber de cuidado, así como para respetar la autonomía de los adultos mayores.

En el ordenamiento español, María Aránzazu Calzadilla Medina («La indignidad para suceder del progenitor que no prestó alimentos: propuesta de *lege ferenda*») sostiene que, si la solidaridad familiar no fue tenida en cuenta por un pariente para apoyar y facilitar la vida de quien finalmente fallece, no puede este mismo principio llevar consigo, con posterioridad a tal muerte, beneficios para quien sobrevive a su pariente y no le atendió. Así, considera que es necesario introducir una nueva causa de indignidad en el Código Civil que establezca que es indigno para suceder el progenitor que debía alimentos a los hijos y no se los proporcionó sin motivo legítimo. Y, aunque es consciente de que la inclusión de tal medida seguramente no va a cumplir una función disuasoria de futuros comportamientos, sin embargo, al menos servirá para poner de relieve la gravedad de dicha conducta, que se ha calificado como violencia económica.

Igualmente es objeto del actual debate doctrinal acerca del mantenimiento o supresión de las legítimas, y respecto del cónyuge viudo, una ampliación de sus derechos y un reforzamiento de su protección, pudiéndose hallar ejemplos en el derecho comparado y autonómico, si bien no siempre posee la condición de legitimario (caso catalán, por ejemplo). El artículo de María Eugenia Rodríguez Martínez («El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria») se ubica en dicha línea temática. El propio artículo 807.3 del Código Civil establece que el viudo es un heredero forzoso distinto de los demás. No obstante, surgen dudas sobre la aplicación al mismo de normas previstas para otros legitimarios. La autora reflexiona a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2023, que permite mostrar tanto las dificultades que añade la regulación de la legítima del cónyuge viudo al ya oscuro sistema legitimario como que cualquier fórmula de solución recae finalmente sobre la controversia acerca de la libre disposición del causante y los frenos a la misma. A juicio de Rodríguez Martínez, parece

acertada la tesis, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, que excluye al viudo de la obligación de colacionar la donación recibida del cónyuge premuerto, si bien ello requiere determinadas matizaciones. Una reflexión sobre las cuestiones que lleva consigo este problema contribuye, a juicio de la autora, a considerar los derechos del cónyuge en tiempos de revisión de las legítimas.

Madrid a 30 de mayo de 2024

**PRIMER BLOQUE:
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENTRE
FAMILIARES EN EL DERECHO DE FAMILIA.
INCIDENCIA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD
EN SENTIDO POSITIVO**

RELACIONES VERTICALES

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR A LA LUZ DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA *¹

YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO

Profesora titular (catedrática) de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)²

RESUMEN

Se pretende mostrar el desarrollo del principio de solidaridad a partir de los postulados constitucionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, para establecer cómo se ha interpretado su aplicación en el ámbito familiar, cuáles serían los rasgos característicos de su alcance y quiénes son los sujetos jurídicos que, por virtud de tal principio, adquieren unas obligaciones y detentan unos derechos predicables, en primer lugar, de sus parientes y, a falta de ellos, de la sociedad y del Estado.

PALABRAS CLAVE

Solidaridad familiar, deber de socorro y ayuda, asistencia familiar, debilidad manifiesta, sujetos de protección reforzada.

* Fecha de recepción: 26-02-2024. Fecha de aceptación: 21-05-2024.

1. Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros». Financiado por PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación), investigadoras principales Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda, profesoras de la Universidad Autónoma de Madrid (España). La autora participa como docente investigadora invitada internacional, en su calidad de miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) <https://scienti.minciencias.gov.co/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=0000000001794>

2. Abogada de la Universidad del Norte (Colombia), Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), magíster en Necesidades y Derechos de la Infancia y Adolescencia y doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España), realizó su posdoctorado en derecho de las sucesiones internacionales en el espacio europeo. Profesora titular y directora de la especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). En noviembre de 2020 su trayectoria fue reconocida con el nombramiento como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socia directora de la firma Alarcón Palacio & Asociados y directora ejecutiva de la Fundación CEDESCOL. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8635-6264>. Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co

THE PRINCIPLE OF FAMILY SOLIDARITY IN LIGHT OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The aim is to show the development of the principle of solidarity based on the constitutional postulates and the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, to establish how its application has been interpreted in the family environment, what would be the characteristic features of its scope and who are the legal subjects who, by virtue of this principle, acquire obligations and hold rights predicable, first of all, from their relatives and, in their absence, from society and the State.

KEYWORDS

Family solidarity, duty of relief and help, family assistance, manifest weakness, subjects of reinforced protection.

SUMARIO

1. Introducción	21
2. Los postulados constitucionales que consagran el principio de solidaridad en Colombia	22
3. El desarrollo del principio de solidaridad familiar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana	23
4. Aplicación del principio de solidaridad familiar en casos concretos	26
4.1. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud.....	27
4.2. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a los menores en condición de discapacidad.....	33
4.3. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a las personas de la tercera edad	38
4.4. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a niños, niñas y adolescentes en relaciones de cuidado.....	45
5. Conclusiones.....	49
Bibliografía.....	52

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia no existe un tratamiento general y orgánico del principio de solidaridad familiar. La solidaridad, como principio, ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia desde diferentes ámbitos del derecho. En derecho de familia, a partir de la expedición de la Constitución política de 1991, ha tomado especial relevancia con relación a las relaciones paternofiliales, las necesidades de los adultos mayores, la mujer cabeza de familia y la protección de las personas en situación de discapacidad, entre otros grupos vulnerables.

Ciertos fenómenos sociales, económicos y políticos, ocurridos en las últimas décadas, tales como la igualdad y la independencia de la mujer y su inmersión en el mercado laboral, el reconocimiento de derechos a otros modelos de familia³, la necesidad del cumplimiento de obligaciones internacionales, el reforzamiento de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad han provocado cambios relevantes en la delimitación del principio de solidaridad familiar.

El principio de solidaridad atribuye, a los miembros de una sociedad, el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian y que, por tanto, no están en capacidad de proveer su propio cuidado⁴.

En la actualidad este principio se encuentra en pleno debate académico, encontrando ámbitos en los que se ha reforzado su vigencia, tales como las obligaciones alimentarias entre parientes, pero ha sido cuestionado respecto de derechos entre parientes por causa de muerte, tal es el caso del debate actual sobre la legítima hereditaria⁵.

3. Véase ALARCÓN PALACIO, Y. E. y ARBOLEDA RESTREPO, J. C., «El nuevo concepto de familia en Colombia basado en los principios constitucionales de dignidad humana y solidaridad», *Treinta años de la Constitución Política de 1991; Balance, retos y perspectivas*, Guardela & Asociados S.A.S. - Grupo Editorial Ibáñez S.A.S., Bogotá, Colombia, 2022. Sobre el concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes de la Sentencia hito en la materia C-577 de 2011. Véase GUÍO CAMARGO, R. E., «El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Studiositas*, edición de diciembre de 2009, 4(3), pp. 65-81. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3658953.pdf>

4. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018 (1 de junio de 2018), magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger.

5. BENAVENTE MOREDA, P., Jornada sobre «Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar». 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 76, Nº 1, 2023, pp. 225-242. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9046260>. Específicamente sobre el debate de la legítima, véase ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, ISSN 0718-0233, ISSN-e 0718-8072, Nº. 36, 2021, pp. 113-140.

2. LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES QUE CONSAGRAN EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN COLOMBIA

Son varios los postulados constitucionales que mencionan explícitamente el principio de solidaridad. La Constitución Política⁶ señala que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (artículo 1).

También se enmarca dentro del principio de solidaridad la seguridad social, pues se establece que es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción, además, de los principios de eficiencia, universalidad, al principio de solidaridad, en los términos que establezca la ley (artículo 48).

Este principio también se destaca en materia de salud cuando se señala que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, pues corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y, nuevamente, se hace énfasis en la solidaridad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad (artículo 49).

Así mismo, en la Constitución se establece que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos implica responsabilidades. Que son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (artículo 95).

Más adelante, al referirse a la prestación de los servicios públicos, se establece que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, la redistribución de ingresos y la solidaridad (artículo 367).

Desde 1991, la Constitución Política previó que el Gobierno Nacional pusiera en funcionamiento un fondo de solidaridad y emergencia social, adscrito a la Presidencia de la República. Este fondo financiaría proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana, desde entonces los gobiernos han mantenido la existencia de este tipo de fondos (artículo transitorio 46).

Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000100113 y MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *InDret* 3.2023, pp. 396-429. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1799.pdf>

6. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Constitución Política de la República de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional* N°. 116 de 20 de julio de 1991.

3. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Desde finales de la década de los noventa, la Corte Constitucional ha resaltado el hecho de que el desarrollo de la vida de los seres humanos no solo se limita a la esfera de la subsistencia biológica, sino que también abarca la necesidad de utilizar las facultades de comunicación y participación en la toma de sus decisiones en la sociedad, lo que involucra necesariamente el desarrollo de nuestra personalidad, intereses y voluntad que, en la mayoría de los casos, depende de nuestra interacción con el otro en comunidad; por tal motivo, nuestras instituciones sociales (familia, comunidad, Estado) representan un papel activo en el proceso mismo del proyecto de vida de cada individuo, por ser este último un ser social por naturaleza, lo que le permite el logro de su proyecto de vida. En diversas oportunidades el Alto Tribunal se ha detenido en explicar el principio de solidaridad desde diferentes enfoques. Uno de ellos es el de la solidaridad social: el cual «tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo»⁷. Así mismo, la Corte Constitucional ha resaltado que «la solidaridad es ante todo un principio ético que busca inspirar el comportamiento de los individuos. Según los ideales que inspiran nuestro ordenamiento constitucional, la convivencia debe fundarse en la cooperación y no en el egoísmo, de ahí la relevancia de aquellos valores que resaltan la mutua colaboración entre los miembros de la colectividad»⁸.

Todo ello va relacionado con el mantenimiento de una vida digna⁹ y el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución Política en el artículo 13, por lo que se ha dicho que este tipo de obligaciones «son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta»¹⁰.

Sin embargo, en diversas ocasiones la Corte Constitucional ha resaltado que, a pesar de que el Estado tiene la obligación de garantizar unas condiciones mínimas de vida a todas las personas –particularmente desde una faceta prestacional–, este deber es primeramente predicable de los integrantes de la familia: «Entre los particulares, ha

7. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-550 de 1994 (2 de diciembre de 1994), magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-032 de 2020 (30 de enero de 2020), magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

8. *Ibidem*.

9. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-434 de 2002 (30 de mayo de 2002), magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

10. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-154 de 2014 (14 de marzo de 2014), magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

dicho la Corte, se “ubica en forma primigenia la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad”¹¹.

En la Sentencia T-533 de 1992¹² se pronunció la Corte respecto a la concepción tradicional y cultural existente del principio de solidaridad, el cual es concebido desde su inicio en el núcleo fundamental de la sociedad, «la familia», como institución básica, y de la que se predica una exigencia en que la persona, inicialmente, acuda a sus familiares más cercanos, con el fin de encontrar asistencia y/o protección de sus derechos, antes de acudir al Estado, a menos que sea justificado por el reconocimiento legal de derechos u obligaciones a cargo de este último y a favor del individuo, o en caso de existir peligro o vulneración de derechos constitucionales fundamentales que ameriten la intervención inmediata de las autoridades competentes. En la Sentencia C-156 de 2022¹³ se destaca la constante evolución del concepto de familia en la sociedad actual, por lo que, a raíz de dichos cambios, la jurisprudencia constitucional se ha visto en la necesidad de reconocer vínculos de solidaridad y afecto que van más allá de la concepción tradicional de la familia, y que amerita un papel más activo por parte del Estado en la protección y garantía real de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución, pero sin dejar de lado que el ordenamiento jurídico vigente aún mantiene en la familia su deber de brindar socorro, asistencia y protección para con sus integrantes en situación de debilidad manifiesta.

Así mismo, en esa ocasión se cita que «en la Sentencia C-451 de 2016 la Corte se pronunció sobre los deberes de solidaridad familiar que emanan de la legislación civil. A este respecto, sostuvo que el Código Civil impone a los padres y a los hijos sendas obligaciones en materia de asistencia, protección y cuidado. El artículo 251 del estatuto civil, por ejemplo, sostiene que «[a]unque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios». En sentido análogo, el artículo inmediatamente subsiguiente dispone que «[t]ienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencias de los inmediatos descendientes»¹⁴.

En la misma Sentencia C-451 de 2016, el principio de solidaridad familiar ha sido definido como un deber legal y moral impuesto a quienes se encuentran unidos por vínculos familiares, ya desde su concepción contemporánea, y de quienes se supone que actúen en miras de brindar apoyo, cuidado y protección a aquellos familiares que se encuentran

11. Cfr Sentencia T-032 de 2020, nota 8.

12. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-533 de 1992 (13 de septiembre de 1992), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

13. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-156 de 2022 (5 de mayo de 2022), magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar, párrafo 109.

14. *Ibidem*.

en estado de necesidad o debilidad que demanden una protección especial. Es así como, en razón a su cercanía y vínculo, persiste el llamado a la familia, como núcleo de la sociedad, a prestar la ayuda requerida por sus integrantes como deber de solidaridad familiar¹⁵.

Ahora bien, tal principio no es ilimitado. El Alto Tribunal aclara que su alcance debe ser restrictivo y que su interpretación debe pasar por una revisión de los principios de legalidad y de proporcionalidad que permiten su aplicación en la legalidad solo frente a la ausencia normativa, insuficiencia de la norma aplicable o frente a la vulneración de los derechos fundamentales. Y en lo relativo a la proporcionalidad, se debe tener en cuenta, si el destinatario del deber se encuentra en la posibilidad jurídica y fáctica de darle cumplimiento, o si por el contrario la imposición o la exigencia en una circunstancia particular resulta desproporcionada¹⁶.

15. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-451 de 2016 (24 de agosto de 2016), magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

16. «(...) vale señalar que estos deberes, al comportar una restricción a la libertad general de acción, están sujetos a los principios de legalidad y proporcionalidad. Frente a lo primero, la Corte ha puesto de manifiesto que al momento de concretar el cumplimiento de los deberes constitucionales (v. gr. los consagrados en el artículo 95 superior), y debido a que estos limitan las libertades individuales, “corresponde en principio al legislador establecer tanto el contenido y alcance de los deberes constitucionales de los particulares, como las sanciones que pueden imponerse por su incumplimiento”». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-520 de 2003 (26 de junio de 2003), magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, en la que se reiteran las sentencias T-125 de 1994 (14 de marzo de 1994), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz y C-246 de 2002 (9 de abril de 2002), magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Cfr. Sentencia C-156 de 2022, sentencia citada párrafo 112.

4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN CASOS CONCRETOS

La Corte Constitucional en fallo proferido mediante Sentencia C-156 de 2022, delimitó los aspectos relativos al deber de solidaridad familiar en los siguientes términos: «(...) a la luz de la jurisprudencia de la Corte, podrían identificarse tres circunstancias en las que el deber de solidaridad familiar cobra alta relevancia:

- (i) cuando, por motivos de salud, un integrante de la familia requiere asistencia y cuidado;
- (ii) cuando un integrante de la familia es una persona en condición de discapacidad;
- y/o (iii) cuando el integrante de la familia es un adulto mayor»¹⁷.

También se ha pronunciado el Alto Tribunal respecto al principio de solidaridad cuando se trata de niños, niñas y adolescentes en relaciones de cuidado¹⁸.

A continuación abordaremos ejemplos jurisprudenciales que ilustran sobre el desarrollo de cada subregla establecida por la Corte Constitucional en la aplicación del principio de solidaridad, y su uso para la protección efectiva de los miembros de la familia, analizando, metodológicamente, primero el contexto del caso, el alcance del principio de solidaridad en el fallo, delimitaremos los hallazgos respecto a sus características y finalizaremos denotando los sujetos obligados.

17. Cfr. Sentencia C-156 de 2022, sentencia citada, párrafo 113.

18. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, también ha realizado en sede de la Acción de Tutela un amplio desarrollo del principio de solidaridad, con un alto impacto en su contextualización, alcance, caracterización y sujetos obligados. En lo atinente al principio de solidaridad en las relaciones de pareja. Véase ALARCÓN PALACIO, Y. y HOYOS ROJAS, L.M., «La Acción de Tutela en los asuntos de Familia ante la Corte Suprema de Justicia», *Los procesos judiciales antes las altas Cortes*, Tomo III, Editorial Ibáñez-Corporación Excelencia en la Justicia-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2021, pp. 225-250.

4.1. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud¹⁹

4.1.1. *Sentencia T-032 de 2020, por la cual se protegen los derechos fundamentales a la salud y vida digna en casos de abandono de la familia y a cargo del Estado²⁰*

Contextualización

En este fallo la Corte Constitucional entra a estudiar el caso de una representante legal de Proseguir IPS (Institución Prestadora de Salud), quien actuando como agente oficioso de un ciudadano que sufrió un evento cerebrovascular hemorrágico, considera que los accionados (familiares) vulneraron los derechos fundamentales a la vida digna y a la asistencia familiar al no haber concurrido, en calidad de parientes de su prohijado, a garantizar su egreso de la unidad clínica donde se encontraba internado, por cuanto la permanencia innecesaria en dicha IPS puso en riesgo su integridad ante la posibilidad de contagiarse con infecciones propias del entorno clínico, y afecta la capacidad de atención del centro médico. Es de destacar que el paciente permaneció hospitalizado por varios años a pesar de haber recibido el alta, requiriendo continuar con un proceso de recuperación, bajo la modalidad de hospitalización en casa.

La agente oficiosa aclaró que no buscaba una atención médica especializada para atender las secuelas del evento referido, sino una serie de apoyos para el desarrollo de las tareas cotidianas, las cuales constituyen servicios asistenciales que deben ser asumidos por los familiares cercanos, en virtud del principio de solidaridad.

Cabe aclarar que, antes de acudir a la acción de tutela, Proseguir IPS solicitó asistencia al Estado, a través de sus autoridades administrativas, quienes informaron que en el caso en estudio se observa un abandono social, el cual encuadra en una clase de violencia intrafamiliar y, por tanto, debía darse cumplimiento a lo ordenado por la Ley 294 de 1996²¹, situación que tendría que ser puesta en conocimiento del comisario de familia de la localidad donde se encuentra la víctima, con el fin de que adopte las medidas de protección necesarias para poner fin a la violencia existente.

19. Sobre el principio de solidaridad social en la cobertura de salud en Colombia, véase CAÑÓN ORTEGÓN, L., «La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia», *Páginas de Seguridad Social*, 1, 1 (abr. 2017), pp. 5-29. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844>

20. Cfr. Sentencia T-032 de 2020, nota 8.

21. «Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia Intrafamiliar».

Alcance del principio de solidaridad familiar frente a parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud

La Corte delimita el principio en los siguientes términos:

«Por ministerio del principio de solidaridad, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental. Ahora bien, cuando una persona se encuentra en un estado de necesidad o en una situación de vulnerabilidad originada en su condición de salud y sus familiares omiten injustificadamente prestarle su apoyo y, con ello, afectan gravemente sus prerrogativas fundamentales, el derecho positivo establece un conjunto de mecanismos para hacer efectivas las obligaciones de los parientes derivadas del principio de solidaridad».

Se destaca en la sentencia, así mismo, que la solidaridad se predica de un deber moral y legal impuesto a cada individuo por el solo hecho de pertenecer a una comunidad, lo que predica una conducta guiada en la cooperación, y que se encuentra fundada en el bienestar colectivo, por tanto, «la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios²², pues en algunas ocasiones la aplicación de sus mandatos puede derivar en la restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos con el propósito de beneficiar a otros, en especial, a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad»²³.

Así mismo, la Corte Constitucional reiteró concretamente que la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad es principalmente de la familia, y subsidiariamente del resto de la sociedad, de tal forma, que es la familia quien representa un papel esencial en la atención y cuidado que requiera un paciente, y el no proveerlo constituye una especie de violencia intrafamiliar por el abandono al pariente que se encuentra en una situación de vulnerabilidad en razón de su estado de salud, lo que en caso de ser dicha omisión injustificada, el ordenamiento jurídico contempla mecanismos para hacer efectivas las obligaciones derivadas del principio de solidaridad, como es el caso de la solicitud de medidas de protección ante el comisario de familia del domicilio de la víctima, quien cuenta con amplias facultades para decretar las medidas que estime pertinentes para la protección de las víctimas de violencia, sin perjuicio de la acción penal.

22. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-801 de 1998 (16 de diciembre de 1998), magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-422 de 2017 (4 de julio de 2017), magistrado ponente Iván Humberto Escruera Mayolo.

Características

Del concepto se extraen las siguientes características:

1. La familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente.
2. Existe una responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental.
3. La solidaridad familiar puede considerarse una restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos con el propósito de beneficiar a otros, en especial, a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad.
4. Constituye una especie de violencia intrafamiliar el abandono de un pariente cercano que se encuentra en situación de vulnerabilidad en razón de su estado de salud.

Sujetos jurídicos obligados

1. La familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente.
2. La sociedad y el Estado a través de los organismos de salud y de asistencia social.

4.1.2. Sentencia T-339 de 2019, protección y desarrollo del deber de solidaridad en el cuidado de las personas en condición de discapacidad²⁴

Contextualización

En este caso la Corte Constitucional entra a estudiar una acción de tutela en la que la accionante, actuando como agente oficiosa de su hijo de 26 años de edad que padece «retraso mental, autismo y amaurosis bilateral», sostiene que la E.P. S (Entidad Promotora de Salud) accionada vulneró derechos fundamentales de este a la salud, seguridad social, igualdad y vida digna, al suspender el servicio de internación parcial denominado hospital día que se le brindaba cinco días a la semana, en horario diurno, sin especificarle otras medidas idóneas para su recuperación.

La entidad argumentó que el egreso del programa se dio porque no esperaba avances en el estado de salud del paciente. La Corte encuentra, con base en las normas jurídicas a nivel internacional y nacional, partiendo principalmente de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que las IPS no pueden someter los servicios al aparente cumplimiento de los objetivos de los programas, que deben realizar un

24. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-339 de 2019 (26 de julio de 2019), magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

estudio de fondo de las condiciones sociales, psicológicas y familiares del paciente para establecer las medidas pertinentes para que este goce del mayor estado de salud posible, acorde con su dignidad humana.

Así mismo, precisa que las E.P. S. deben prestar los servicios de salud de manera integral y continua, por lo que deben trabajar conjuntamente con las IPS para garantizar la continuidad e integralidad en la rehabilitación y tratamiento de las personas con discapacidad, ofreciendo tratamientos que tengan en cuenta los aspectos físicos, mentales, sociales, familiares, psicológicos, de conformidad con la Ley 1616 de 2013, y diferentes a la simple internación. Se CONCEDE el amparo y se imparten una serie de órdenes conducentes a hacer efectivo el goce de los derechos tutelados²⁵.

Alcance del principio de solidaridad familiar para personas en situación de discapacidad

En este caso, se hace necesario precisar la diferencia existente entre la concepción de discapacidad y enfermedad, teniendo en cuenta que, en modelos anteriores, estos dos conceptos eran confundidos y aplicados sin distinción alguna, es por lo que a partir del modelo de concepto desde el enfoque de derecho, la discapacidad deja de entenderse como consecuencia de la enfermedad, y se empieza a comprender como un concepto independiente²⁶, en donde la principal diferencia entre discapacidad y enfermedad radica en que la primera se entiende como la conservación de la esfera volitiva, intelectual y conductual, pero que son expresadas de una manera distinta, comprendiendo que el ser humano puede expresarse de diversos modos, y que tales modos de expresión o comunicación humana son igual de racionales como cualquier otro; mientras que la enfermedad es concebida como la pérdida y/o deterioro temporal o definitiva, parcial o completa de una o varias de las esferas anteriormente relacionadas (volitiva, intelectual, conductual)²⁷.

En este fallo la Corte Constitucional desarrolla el deber de solidaridad en el cuidado de las personas en condición de discapacidad. Para ello, trae a colación literatura en torno a la noción de cuidado. Citando a la Universidad Nacional de Lanús (Argentina), en su *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*²⁸, lo definió como «las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir

25. Cfr. Resúmenes en el Buscador de Relatoría Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

26. Cfr. HERNÁNDEZ RÍOS, M. I., «El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos». *Revista CES Derecho*, Volumen 6, N° 2, Julio-Diciembre (2015). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a04.pdf>

27. HOYOS ROJAS, L.M., «Concepciones de la discapacidad», *Régimen de las personas con discapacidad*, Especialización en Derecho de Familia, Pontificia Universidad Javeriana (2021).

28. Cfr. Sentencia T-339 de 2019, sentencia citada, nota 79.

en sociedad²⁹. El cuidado incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas, la previsión de las precondiciones en que se realiza el cuidado y la gestión del cuidado»³⁰.

En cuanto a la responsabilidad, cita a la organización social del cuidado cuando se refiere a

«la manera en que inter-relacionadamente las familias, el Estado, el mercado y las organizaciones comunitarias producen y distribuyen cuidado³¹. Esta interrelación implica la presencia de diferentes actores –Estado, comunidad, mercado y familia– y, asimismo, las relaciones existentes entre ellos. En ese sentido, la provisión de cuidados no ocurre de manera aislada, sino que resulta de una continuidad donde se suceden actividades, trabajos y responsabilidades»³².

Para concluir que:

«La garantía de funcionamiento de la política de cuidado necesariamente exige la coordinación y la igualdad en la asignación de responsabilidades entre los actores que participan en la garantía del cuidado³³. En otras palabras, la participación desigual de las partes intervinientes en dicha política de cuidado conlleva a un injusta asignación de responsabilidades, lo cual, no solo conlleva a un ejercicio de discriminación, sino que, al mismo tiempo, conlleva a una vulneración de derechos fundamentales de las personas objeto de la política de cuidado³⁴ –una organización social del cuidado injusta reproduce la desigualdad–, por ello, su atención completa y equilibrada responde a parámetros de justicia distributiva»³⁵.

Para el Alto Tribunal, a las personas con dificultades psíquicas, mentales o afectivas debe garantizárseles en igualdad de condiciones un tratamiento adecuado a su diagnóstico y que responda de manera proporcional a su nivel de deficiencia, procurando la mayor participación de la familia en su proceso, siempre y cuando la misma se considere posible y apropiada para la mejoría del paciente, y apuntando a que el paciente pueda alcanzar el nivel más alto de funcionamiento independiente y autónomo, que garantice el respeto de sus decisiones, comprendiendo la diversidad en la expresión de su capacidad física, mental social y vocacional

Señala que, de igual manera, debe considerarse que el cuidado de la persona en condición de discapacidad está en cabeza de sus allegados más próximos. Resalta que,

29. Cfr. Sentencia T-339 de 2019, sentencia citada, nota 80.

30. *Ibid.*, nota 81.

31. *Ibid.*, nota 82.

32. *Ibid.*, nota 83.

33. *Ibid.*, nota 84.

34. *Ibid.*, nota 85.

35. *Ibid.*, nota 86.

sin embargo, podría trasladarse a otros actores –entidades prestadoras del servicio de salud, sociedad o Estado– cuando circunstancias de orden personal, económico o social les impidan hacerse cargo de uno de sus miembros, siempre que el relevo de esta obligación esté justificado por motivos verificables e insalvables. Y concluye que esto se debe a que el desagrado o inconformidad de la familia para hacerse cargo del cuidado de las personas en condición de discapacidad no es suficiente justificación para apartarlo de su entorno social y determinar apresuradamente su internación en una clínica o centro especializado³⁶.

Características

1. El cuidado incluye las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad.
2. El cuidado incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas, la previsión de las precondiciones en que se realiza el cuidado y la gestión del cuidado.
3. La provisión de cuidados no ocurre de manera aislada, sino que resulta de una continuidad donde se suceden actividades, trabajos y responsabilidades entre los actores que participan en la garantía del cuidado.

Sujetos jurídicos obligados

1. El cuidado de la persona en condición de discapacidad está en cabeza de sus allegados más próximos.
2. Puede trasladarse a otros actores –entidades prestadoras del servicio de salud, sociedad o Estado– cuando circunstancias de orden personal, económico o social les impidan hacerse cargo de uno de sus miembros.

36. «En consideración de la importancia del análisis de casos concretos, la Corte ha proferido decisiones en diversos sentidos. En efecto, en las sentencias T-124 de 2002 y T-209 de 1999, la Corte Constitucional afirmó el deber familiar sobre el cuidado de los enfermos mentales y no permitió en dichos casos la hospitalización de pacientes cuyo cuadro médico recomendaba el reintegro a sus hogares. Mientras que, por otra parte, las sentencias T-401 de 1992, T-851 de 1999 y T-1090 de 2004 evidencian que los familiares pueden ser relevados de la obligación de cuidar a sus familiares, ya sea porque deben soportar una carga desproporcionada económica, afectiva y físicamente hablando o porque evidencia un abandono total de la familia, lo cual está prohibido por parte de la Constitución Política de Colombia». Cfr. Sentencia T-339 de 2019, nota 108.

4.2. Aplicación del principio de la solidaridad familiar frente a los menores en condición de discapacidad³⁷

4.2.1. Sentencia SU475 de 2023³⁸. Responsables de los costos de los docentes de apoyo en el aula, corresponsabilidad entre la familia y el Estado

Contextualización

En este caso, la Corte Constitucional entra a estudiar una acción de tutela de una accionante, en representación de un niño de nueve años que fue diagnosticado con Trastorno del Espectro Autista / Síndrome de Asperger y Síndrome Opositor Desafiante (TEA), además de un retraso mental leve y deterioro del comportamiento significativo, por lo que requería terapias conductuales, ocupacionales y de lenguaje, con enfoque de Análisis Conductual Aplicado (ABA), cuya aplicación fue recomendada por el médico psiquiatra. La actora cuestionó, en sede de tutela, que las accionadas (Secretaría de Educación Municipal y la Entidad Promotora de Salud) se negaran a proporcionar el acompañamiento profesional de apoyo terapéutico (tanto curricular como extracurricular), así como la consecuente vulneración de derechos fundamentales del menor a la salud y a la educación inclusiva.

La EPS accionada adujo que las sombras terapéuticas estaban excluidas del PBS y que las terapias ABA no estaban contempladas en el Plan de Beneficios en Salud, por ser una alternativa experimental y no existir evidencia científica sobre su seguridad y efectividad y, por tanto, no podían ser financiadas con recursos públicos asignados a la salud.

También alegó la inexistencia de orden médica que prescribiera los servicios requeridos por la tutelante.

Se declaró la carencia actual de objeto por daño consumado en relación con la pretensión dirigida a la asignación de un acompañante o docente de apoyo en el aula de estudio, por cuanto el menor cambió de institución educativa.

Se denegó el amparo del derecho a la salud, pero se concedió la protección a los derechos fundamentales a la educación inclusiva y a la igualdad.

37. Sobre una adecuada integración y vínculos saludables entre una persona con discapacidad y los restantes miembros de su grupo familiar, véase PAGANO, L. M., «Las personas con discapacidad y sus familias bajo el prisma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, IUS». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 79-96. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980005.pdf>

38. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU475 de 2023 (9 de noviembre de 2023), magistrada ponente Paola Andrea Meneses Mosquera.

Luego de la presentación de la tutela, el 3 de marzo de 2023, la madre del menor informó a la Corte que su hijo había empezado a estudiar en un colegio diferente, en donde había llegado a unos acuerdos con la institución de solicitar al Estado la asignación del acompañamiento requerido como apoyo terapéutico para su hijo.

La Corte resolvió amparar los derechos del menor, impartiendo una serie de órdenes conducentes a hacer efectivo el goce de los derechos amparados, entre las cuales, exhortó al Ministerio de Educación Nacional para que, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, y con fundamento en su obligación de garantizar los procesos de inclusión educativa, regule los mecanismos de financiación de los ajustes razonables personalizados en las instituciones de educación privada que los estudiantes requieran para el pleno goce y ejercicio del derecho fundamental a la educación inclusiva.

Al Gobierno Nacional se le exhortó para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, diseñe y adopte medidas o incentivos tributarios, económicos o de cualquier naturaleza, con el propósito de promover la implementación de estrategias para fortalecer la educación inclusiva en instituciones de educación privada³⁹.

Alcance del principio de solidaridad familiar para niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad

En esta ocasión el Alto Tribunal evidenció la existencia de este vacío normativo, las controversias que causa entre los diferentes actores y responsables de garantizar el derecho a la educación inclusiva, así como la afectación que supone para el goce y ejercicio del derecho fundamental a la educación de los NNA (Niños, Niñas y Adolescentes) con TEA o en situación de discapacidad. Notó que, en efecto, en el trámite de tutela de instancia, así como en sede de revisión, la Secretaría de Educación de Neiva, así como el Ministerio de Educación Nacional, argumentaron que los costos de los docentes de apoyo personalizado deben ser financiados por las instituciones de educación privada, debido a que este servicio constituye un ajuste razonable.

Resaltó que, en contraste, las instituciones de educación privada en las que el niño JJCG ha estado matriculado, han sostenido que, en virtud del principio de solidaridad familiar, la financiación de este servicio corresponde a los padres o la red de apoyo del menor o, en su defecto, al Estado.

Que en su criterio, imponer a las instituciones de educación privada la obligación de financiar este tipo de servicios contraría al principio de recuperación de costos previsto en la Ley 115 de 1994 y constituiría una carga desproporcionada, puesto que podría comprometer su estabilidad financiera, habida cuenta del alto costo que la contratación de estos docentes supone. Y concluyó que, por su parte, la familia del niño adujo carecer

39. Cfr. Resúmenes en el Buscador de Relatoría Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

de capacidad económica para asumir los costos del servicio y, por lo tanto, es el Estado, o en su defecto los colegios, quienes deben financiarlo.

En virtud de tal hallazgo, la Sala Plena consideró necesario unificar la jurisprudencia con el propósito de superar este déficit de protección, precaver futuras controversias y armonizar los diferentes derechos e intereses en tensión, a saber: la garantía del derecho a la educación inclusiva y el principio de solidaridad familiar, de un lado, con el principio de recuperación de costos previsto en la Ley 115 de 1994, y la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos a los NNA con TEA o en situación de discapacidad, de otro.

La Corte se decanta por considerar que la familia o red de apoyo del NNA con diagnóstico de TEA o en situación de discapacidad, matriculado en una institución privada de educación básica –primaria y secundaria– y media, es la primera responsable de asumir los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula que el alumno requiere. Advierte que la responsabilidad de la familia en la asunción de los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula se deriva de las obligaciones que la Ley 115 de 1994 le impone a la familia, el principio de solidaridad familiar, así como de la decisión libre y voluntaria de matricular al NNA en una institución educativa privada.

Sin embargo, la Sala Plena concluye que la Constitución no permite que la falta de capacidad económica sea una barrera *absoluta* para que los NNA con TEA sean matriculados o se mantengan estudiando en instituciones privadas de educación básica –primaria y secundaria– y media. En aquellos casos en los que se compruebe que la familia o red de apoyo del NNA carece de capacidad económica para asumir la totalidad del costo del docente de apoyo personalizado que el estudiante requiere, la institución de educación privada debe concurrir a su financiación.

Características

1. Existe un vacío normativo, las controversias que causa entre los diferentes actores y responsables de garantizar el derecho a la educación inclusiva.
2. Por vía de interpretación se suple el vacío determinando que la familia o red de apoyo del NNA con diagnóstico de TEA o en situación de discapacidad, matriculado en una institución privada de educación básica –primaria y secundaria– y media, es la primera responsable de asumir los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula que el alumno requiere.
3. Se le impone este deber a la familia por el principio de solidaridad familiar, así como de la decisión libre y voluntaria de matricular al NNA en una institución educativa privada.
4. Cuando se compruebe que la familia o red de apoyo del NNA carece de capacidad económica para asumir la totalidad del costo del docente de apoyo personalizado que el estudiante requiere, la institución de educación privada debe concurrir a su financiación.

Sujetos jurídicos obligados

1. La Corte Constitucional establece el principio de corresponsabilidad en la adopción de los ajustes razonables para garantizar la educación inclusiva. De esta manera serán responsables la familia, el Estado y las instituciones educativas, a saber:

Familia. Las obligaciones de la familia están reguladas en el Decreto 1421 de 2017, en el que se reconoce que la familia tiene un rol activo y fundamental en el proceso educativo de sus familiares con discapacidad y en la identificación y superación de barreras para el aprendizaje y la participación⁴⁰. Además, se señala que los familiares de la persona en situación de discapacidad son titulares de una serie de obligaciones definidas en la norma: 1. Adelantar anualmente el proceso de matrícula del estudiante con discapacidad en un establecimiento educativo; 2. Aportar y actualizar la información requerida por la institución educativa que debe alojarse en la historia escolar del estudiante con discapacidad; 3. Cumplir y firmar los compromisos señalados en el PIAR (Plan Individualizado de Ajustes Razonables) y en las actas de acuerdo, para fortalecer los procesos escolares del estudiante; 4. Establecer un diálogo constructivo con los demás actores intervinientes en el proceso de inclusión; 5. Solicitar la historia escolar, para su posterior entrega en la nueva institución educativa, en caso de traslado o retiro del estudiante; 6. Participar en los espacios que el establecimiento educativo propicie para su formación y fortalecimiento, y en aquellas que programe periódicamente para conocer los avances de los aprendizajes; 7. Participar en la consolidación de alianzas y redes de apoyo entre familias para el fortalecimiento de los servicios a los que pueden acceder los estudiantes, en aras de potenciar su desarrollo integral; 8. Realizar veeduría permanente al cumplimiento de lo establecido en la presente sección y alertar y denunciar ante las autoridades competentes en caso de incumplimiento⁴¹.

Estado. Se sostiene en la sentencia que:

«El Ministerio de Educación tiene la dirección general de la política de inclusión educativa, incluidas la asistencia y seguimiento a las estrategias de atención a las personas en situación de discapacidad por parte de las entidades territoriales certificadas. Las entidades territoriales certificadas en educación, por su parte, son las gestoras y ejecutoras de la política de educación inclusiva, por lo tanto, deben definir la estrategia de atención para estudiantes en situación de discapacidad y la distribución de los recursos asignados para asegurar el cumplimiento del decreto. De igual manera, a través de sus planes de mejoramiento, deben gestionar los ajustes razonables que las instituciones

40. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1421 de 2017 (agosto 29).

41. *Ibidem*.

educativas públicas requieran para que de manera gradual garanticen la atención educativa de las personas en condición de discapacidad»⁴².

Instituciones educativas. En cuanto a ellas, la Corte Constitucional hace énfasis en que:

«Las instituciones de educación públicas y privadas tienen la obligación de diseñar e implementar los PIAR y garantizar su cumplimiento. Además, deben hacer seguimiento a los estudiantes en situación de discapacidad y entablar un diálogo con su familia y cuidadores, para fortalecer el proceso de educación inclusiva. El artículo 2.3.3.5.2.2.3 del Decreto 1421 de 2017 dispone que las instituciones educativas privadas que presten el servicio público de educación de preescolar, básica y media “deberán garantizar la accesibilidad, los recursos y los ajustes razonables para atender a los estudiantes con discapacidad”. A su turno, dispone que deben: (i) “propender por que el personal docente sea idóneo y suficiente para el desarrollo de los procesos de inclusión social, así como fomentar su formación y capacitación permanente” y (ii) “adaptar sus currículos y en general todas las prácticas didácticas, metodológicas y pedagógicas que desarrollen para incluir efectivamente a todas las personas con discapacidad”»⁴³.

2. En cuanto a la responsabilidad preferente de la financiación del docente de apoyo personalizado, está a cargo de la familia o red de apoyo del estudiante.

Pero se sostiene que la falta de capacidad económica de las familias o red de apoyo para asumir el costo del docente de apoyo personalizado no puede constituir una barrera absoluta para que los NNA en situación de discapacidad sean matriculados o se mantengan en instituciones de educación privada.

Consideran que no es constitucionalmente admisible que, en estos casos, las familias se vean obligadas a trasladar al NNA con TEA a una institución de educación pública, pues esto puede conducir a la segregación y exclusión de los NNA con TEA o en situación de discapacidad y afectar sus derechos.

Concluyen que, en estos casos, la institución de educación privada debe concurrir a la financiación del servicio mediante recursos propios, o por medio del incremento de las matrículas, pensiones y pagos periódicos que cobra al resto de los estudiantes. Y dicen que, finalmente, una vez acordado el esquema de financiación del servicio con la familia o red de apoyo del estudiante con TEA o en situación de discapacidad, el establecimiento educativo deberá llevar a cabo las gestiones para la contratación del docente de apoyo personalizado y su implementación en el marco del PIAR.

42. Cfr. Sentencia SU475 de 2023, sentencia citada, párrafo 99.2.

43. *Ibidem*.

Esta doctrina fue reiterada en la Sentencia T-583 de 2023⁴⁴, en la que se estudiaron los derechos a la salud, vida digna y al cuidado de niños, niñas y adolescentes, servicio de cuidador y la garantía de tratamiento integral para menor en condición de discapacidad (síndrome de Down). La entidad argumentó que el servicio pretendido se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud y que no existe prescripción médica que lo ordene. Se concede la protección invocada y se ordena el suministro de cuidador por las horas que sean necesarias para asegurar la realización efectiva y continua del tratamiento de rehabilitación integral del niño en función de su estado de salud actual. Se insta a las entidades que gestionan el Sistema General de Seguridad Social en Salud a que adecúen los servicios de cuidador con enfoque de género y establezcan medidas para garantizar el cuidado como derecho⁴⁵.

4.3. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a las personas de la tercera edad⁴⁶

4.3.1. Sentencia T-136 de 2023⁴⁷. Los principios de solidaridad familiar y unidad familiar frente a la responsabilidad del cuidado y al derecho a la salud de las personas de la tercera edad

Contextualización

Un ciudadano interpuso acción de tutela en nombre propio y en representación de su madre, quien es una mujer mayor de edad diagnosticada con Parkinson y Alzheimer. La vulneración de derechos fundamentales a la vida digna, salud al trabajo, realizar peticiones y a la unidad familiar, por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, se atribuye a la negativa de traslado laboral del peticionario a un establecimiento próximo a la residencia de su progenitora, con el objeto de poder contribuir, junto con su hermano, a las tareas de cuidado, las cuales deben ser permanentes para evitar mayores deterioros en el estado de salud de esta.

44. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-583 de 2023 (19 de diciembre de 2023), magistrada ponente Diana Fajardo Rivera.

45. Cfr. Resúmenes en el Buscador de Relatoría Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

46. Sobre el principio de solidaridad familiar y la tercera edad, Véase BAZO, María (2008). «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, 45. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/38818777.pdf>. También puede verse MIRANDA BONILLA, H., «La protección de los adultos mayores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Revista IUS Doctrina*, Vol. 11 N° 1 (2018). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38101.pdf>

47. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-136 de 2023 (4 de mayo de 2023), magistrada ponente Natalia Ángel Cabo.

La Corte Constitucional tuvo en cuenta que tanto el actor como su hermano tienen sus propios núcleos familiares y responsabilidades que atender. Consideró que imponer la carga del cuidado exclusivamente a uno de ellos resultaría desproporcionado y afectaría sus condiciones de vida. Concluyó que es necesario que esa carga sea distribuida entre los miembros de la familia que cuentan con la capacidad para asumirla.

La Corte, en lo relativo a la entidad accionada, consideró que goza de autonomía para efectuar los movimientos de personal necesarios para garantizar la prestación del servicio a su cargo, sin embargo, en el caso de estudio, el traslado del accionante, dijo, era imprescindible para asegurar la salud y la vida en condiciones dignas de su madre.

Por lo que termina resolviendo que, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de Mariana y respetar el principio de solidaridad familiar, es crucial que sean sus hijos quienes le brinden el acompañamiento apropiado, sin que ello implique imponer una carga de cuidado desproporcionada sobre uno de los miembros del núcleo familiar. Por lo expuesto, la Corte estima necesario acceder al traslado pretendido, de forma que las tareas de cuidado puedan ser solidariamente asumidas por los dos hijos de la señora Mariana.

Concedió el amparo invocado en razón a que la decisión que negó el traslado pretendido por el peticionario obstaculiza las labores de cuidado que requiere un sujeto de especial protección constitucional.

Alcance del principio de solidaridad familiar frente a las personas de la tercera edad

En esta ocasión, la Corporación aprovecha para reconocer que, en los estados de necesidad de un sujeto, es la familia, por el principio de solidaridad, quien está primeramente llamada a socorrer y a ayudar a otros miembros de su núcleo. Para la Corte Constitucional, existen «deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad»⁴⁸.

Otro de los aspectos a resaltar, en cuanto al alcance del principio de solidaridad familiar, es que el Alto Tribunal subraya que los deberes fundamentales derivados del principio de solidaridad se refuerzan cuando se busca asegurar el bienestar de las personas de la tercera edad, ello derivado de los mandatos de protección contenidos en los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de 1991, referentes a la obligación del Estado, de la sociedad y de la familia de concurrir en la asistencia de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en particular, respecto de las personas de la tercera edad, con el fin de promover su integración a la vida activa y comunitaria⁴⁹.

48. *Ibidem*, párrafo 58.

49. *Ibidem*, párrafo 59.

Se destaca que la Corte cita sus propios antecedentes, en este caso concreto, la Sentencia T-066 de 2020, para reiterar que la protección que se debe otorgar a los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional, se fundamenta en que esas personas integran un grupo vulnerable de la sociedad en función de sus condiciones físicas, económicas o sociológicas⁵⁰.

Hace un alto el Tribunal Constitucional para señalar que la obligación de solidaridad de la familia no es ilimitada. Citando su precedente, Sentencia SU-508 de 2020, recuerda que:

«el deber de solidaridad encuentra como límites la capacidad física y económica de los integrantes del núcleo familiar, así como sus proyectos de vida. Por ello, a partir de las circunstancias de orden económico, emocional y físico de cada caso, la familia puede encontrarse en la incapacidad de proporcionar la atención y el cuidado que necesita alguno de sus integrantes».

Concluye que los límites del deber de solidaridad no deben ser evaluados desde una órbita meramente económica, trayendo a colación otros precedentes. Señala que el principio de solidaridad no implica «sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer»⁵¹.

Señalando la Sentencia T-471 de 2018⁵², la Corte insiste en que el deber de solidaridad se refuerza en los eventos en los que el miembro de la familia, además de contar con una avanzada edad, tiene graves enfermedades que limitan en mayor medida sus capacidades de autocuidado.

Finalmente la Corte Constitucional reitera que

«el principio de solidaridad implica la concurrencia de deberes a cargo de la familia, del Estado y de la sociedad. Por ello, ante la imposibilidad material del núcleo familiar de asumir esa responsabilidad, son el Estado y la sociedad los que deben tomar medidas para garantizar el bienestar de las personas adultas mayores, sin perjuicio del deber estatal y social de tomar acciones afirmativas encaminadas a la protección efectiva de quienes se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad».

50. *Ibidem*, párrafo 60.

51. *Ibidem*, párrafos 61 y 62.

52. «Sentencia T-471 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos. En esta ocasión la Corte estudió la situación de unas personas que carecían de las capacidades para asumir el cuidado de sus progenitores, motivo por el cual solicitaron, entre otras cosas, que la EPS brindara las atenciones que requerían de forma domiciliaria. La Corte concedió el amparo pretendido tras valorar la gravedad de las afectaciones en salud de los agenciados, sus necesidades de asistencia, así como la imposibilidad en la que se encontraba el núcleo familiar para cumplir con su deber de solidaridad. Otro caso que se basó en consideraciones similares, fue la Sentencia T-160 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva». *Ibidem*, párrafo 63.

Características

1. Entre los miembros de una familia existen deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad.
2. Los deberes fundamentales derivados del principio de solidaridad se refuerzan cuando se busca asegurar el bienestar de las personas de la tercera edad.
3. Cumplir con el deber de solidaridad familiar no implica sacrificar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los cuidadores.
4. Los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional, ya que integran un grupo vulnerable de la sociedad en función de sus condiciones físicas, económicas o sociológicas.

Sujetos jurídicos obligados

1. Tratándose de las personas de la tercera edad, la Corte enfatiza en que, primeramente, son los miembros de la familia los llamados a atender las necesidades del sujeto de especial protección constitucional.
2. En segundo lugar, y ante la imposibilidad material del núcleo familiar de asumir esa responsabilidad, se concluye que son el Estado y la sociedad los que deben tomar medidas para garantizar el bienestar de las personas adultas mayores.
3. Al margen de lo anterior, existe el deber estatal y social de tomar acciones afirmativas encaminadas a la protección efectiva de quienes se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad.

4.3.2. Sentencia T-215 de 2018⁵³. Responsabilidad en el suministro de pañales, corresponsabilidad entre la familia y el Estado respecto de las personas de la tercera edad

Contextualización

En Sentencia T-215 de 2018, la Corte Constitucional agrupa varias acciones de tutela cuya unidad de materia justificaba acumularlas para fallar en una sola sentencia; las características comunes pueden enunciarse como acciones entabladas por ciudadanos adultos mayores, o sus agentes oficiosos, en condiciones de enfermedad grave, como cáncer avanzado y Alzheimer, que no habían logrado que se les reconociera el suministro de pañales, pañitos húmedos o cremas antipañalitis, en el marco de sus críticas situaciones de salud.

53. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018 (1 de junio de 2018), magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger.

La Corte Constitucional al referir los antecedentes explica que, en dichos procesos, las EPS y demás entidades vinculadas argumentan que dichos elementos no están incluidos en el POS, actualmente PBS (Plan de Beneficios en Salud) y que, por lo tanto, no estaban obligados a brindarlos.

Los jueces de instancia inadmitieron las tutelas por improcedentes o las negaron por no haberse acreditado que era imprescindible su otorgamiento por prescripción médica que así lo indicase y que no se contaba con recursos económicos.

La Corte agrupa las sentencias y hace uso de su facultad oficiosam para ordenar las pruebas relacionadas con los casos bajo análisis y así determinar si hubo o no violación de derechos fundamentales de los accionantes.

Finalmente, la Corte resuelve otorgar el amparo en aquellos casos en que los que se pudo probar la necesidad desde el punto de vista médico y la incapacidad económica de acceder a los insumos requeridos por los pacientes⁵⁴.

Alcance del principio de solidaridad familiar frente a las personas de la tercera edad

En su pronunciamiento la Corte Constitucional se detiene en el análisis de la ley estatutaria de salud, Ley 1751 de 2015, que en su artículo 6° establece los principios del sistema general de salud y en el literal j) se refiere así al principio de solidaridad:

«El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades».

Sobre este principio constitucional, la Corte retoma su precedente, Sentencia T-730 de 2010⁵⁵, y destaca algunos aspectos que podemos enunciar así:

1. En primer lugar, la Corte señala que las personas de la tercera edad que cuentan con ingresos propios y tienen apoyo familiar, no requieren con tanto apremio los subsidios, ayudas y beneficios estatales.
2. Estos subsidios deben ser entregados, prioritariamente, a quienes están en evidentes circunstancias de vulnerabilidad.
3. Todo ello con el fin de que el estado pueda alcanzar paulatinamente las metas de eliminación de la pobreza y de asistencia social para las personas más necesitadas.
4. En este sentido, con el propósito de favorecer el interés colectivo en materia de seguridad social integral, los recursos que el Estado destina a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios

54. Cfr. Resúmenes en el Buscador de Relatoría Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

55. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-730 de 2010 (13 de septiembre de 2010), magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

deben beneficiar en primer lugar, a las personas que, por sus condiciones, requieren mayor atención, a fin de garantizarles los derechos irrenunciables.

5. El cumplimiento de las obligaciones estatales está condicionado por las circunstancias de cada caso particular, y se debe tener en cuenta las contingencias concretas.
6. Por esta razón el juez de tutela debe ponderar el principio de solidaridad, para determinar a quién le corresponde, en primer término, el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, pues, en primer lugar, se encuentra el propio individuo y después, la familia, la sociedad y el Estado.
7. Conceptualmente destaca el principio de solidaridad como «un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo».

Características

De la Sentencia T-215 de 2018 pueden extraerse unas características sobre el sistema de salud y para que proceda la aplicación del amparo a los derechos fundamentales de la salud y la vida digna:

1. El *sistema de seguridad social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo*, creado sobre la lógica de que la protección de las contingencias individuales ocurre con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad⁵⁶.
2. La razón fundamental de la solidaridad, sobre la cual se basa el sistema de salud, es que los *recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios*.
3. Por este motivo el juez constitucional ha previsto que uno de los requisitos que debe acreditarse para obtener el suministro de servicios, expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS), es la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar para sufragar los costos de los mismos.
4. En principio, no hay un derrotero para determinar la capacidad económica, ya que no es un asunto simple ni para el juez constitucional, ni para las entidades prestadoras de servicios de salud. Sin embargo, existe una presunción respecto de los afiliados al régimen subsidiado, ya que es claro que no están en la capacidad de cubrir los costos de prestaciones expresamente excluidas, como los pañales desechables⁵⁷ en la sentencia mencionada. Como se ha mostrado, en el régimen subsidiado del sistema de salud, al estar dirigido a la población más vulnerable desde el punto de

56. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-529 de 2010 (23 de junio de 2010), magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

57. El precio de un pañal desechable de adulto puede valer en promedio alrededor de \$2.500 pesos.

vista económico, el criterio objetivo de afiliación de una persona a dicho régimen es la falta de capacidad de pago⁵⁸.

5. Otro escenario diferente es el de las personas afiliadas al régimen contributivo, ya que estos individuos cuentan con al menos un ingreso mensual del cual se desprende el monto de cotización al sistema de salud, conocido como IBC; ahora, el IBC se erige como un criterio objetivo, pues permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir el costo de pañales, por ejemplo. En todo caso, este criterio objetivo debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso familiar. Estos aspectos subjetivos deben ser informados de buena fe por el interesado⁵⁹.
6. En conclusión, el juez constitucional deberá analizar, en cada caso, variables como el régimen al que se encuentra afiliada la persona, el nivel de ingreso, el costo de los insumos, medicamentos o prestaciones requeridas, así como la conformación del grupo familiar y el número de personas que dependen del mismo ingreso.

Estos factores son criterios válidos de decisión para considerar en qué casos las personas podrían, en principio, asumir la carga económica para acceder a los servicios y tecnologías no incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud.

Sujetos jurídicos obligados

Otro precedente que se retoma en la Sentencia T-215 de 2018 es la que había sido emitida por la Corte Constitucional, Sentencia T-900 de 2002 (magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra), respecto de una solicitud de suministro de los recursos necesarios para un desplazamiento al lugar donde se autorizó realizar un procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, en dicha sentencia se indicó los responsables de hacer posible el acceso a algún servicio expresamente excluido de la cobertura del sistema, que pueden ser de índole meramente económico o logístico:

Lo responsables son:

1. En primer lugar el propio afectado.
2. Si la persona afectada en su salud no puede, son los parientes cercanos del afectado, en aras del principio de solidaridad, a los que se les debe exigir el cumplimiento de este deber, y que, en tal virtud, deben acudir a suministrar lo que el paciente requiera y que su capacidad económica no le permite.
3. Ahora bien, solo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente,

58. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-552 de 2017 (29 de agosto de 2017), magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger.

59. Cfr. Sentencia T-215 de 2018, sentencia citada, numeral 7.5.

solo en esas circunstancias recaerá en cabeza del Estado la obligación de poner, a disposición del afectado, los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado. Es decir, la Corte deja claro que solo ante la falta de recursos económicos del actor o de su familia le corresponde al Estado asumir su asistencia.

4.4. Aplicación del principio de solidaridad familiar frente a niños, niñas y adolescentes en relaciones de cuidado⁶⁰

Sentencia T-536 de 2020⁶¹. El principio de solidaridad como fundamento en la concepción de las personas cuidadoras como padre o madre de crianza

Contextualización

La accionante, actuando como agente oficiosa de una menor de edad, considera que la entidad accionada, que fue el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, vulneró los derechos fundamentales de la niña al decidir, en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos (en adelante PARD), reubicarla en un medio familiar diferente, a pesar de que ella tuvo la custodia provisional durante tres años y, con ello, se generó un vínculo de familia de crianza.

La pretensión de la tutelante es que el juez constitucional le asigne la custodia de la menor de forma definitiva. La Corte Constitucional hace una revisión pormenorizada de su doctrina sobre los presupuestos que permiten evidenciar la conformación de una familia de crianza y encuentra que, en el caso concreto, no se cumplen. Estos aspectos son concretamente: la solidaridad como motivo de la integración del «hijo o hija» al hogar de crianza; el reemplazo total de la figura paterna o materna o ambas; la dependencia económica⁶²; la existencia de un término razonable de la relación de hecho; y la afectación del principio de igualdad.

En definitiva, la Corte encuentra en el caso que no se conformó una familia de crianza entre la menor de edad y sus cuidadores dado que, a pesar de que esta última actuó bajo el principio de solidaridad al brindarle cuidados durante el lapso que ostentó su custodia provisional, lo cierto es que no se dio el reemplazo de las figuras parentales, los vínculos de afecto, respeto y comprensión, ni el reconocimiento de la relación de madre por parte de los integrantes de la familia; tampoco se constató la completa

60. Sobre familia biológica y familia de crianza véase PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de Familia*, Tomo I, Parte sustancial, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2019, pp. 27-28. Respecto a la filiación de hecho en Colombia véase ALARCÓN PALACIO, Y. E. y ARBOLEDA RESTREPO, J. C., pp. 192-193.

61. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-536 de 2020 (18 de diciembre de 2020), magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas.

62. *Ibidem*.

dependencia económica, el mantenimiento de una relación sólida por un término razonable, ni la afectación al principio de igualdad.

Teniendo en cuenta que no se encontró acreditada la vulneración alegada, la Corte decidió negar el amparo invocado. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional, lo que exige la adopción de acciones afirmativas para asegurar la prevalencia de sus derechos, se impartieron una serie de órdenes para garantizar su bienestar.

Entre ellas se destaca la directriz impartida al ICBF para que realice un seguimiento especial a la medida de reintegro al hogar del abuelo materno, para lo cual deberá visitar, sin previo aviso, su residencia cada mes, durante un lapso total de un año, con la finalidad de comprobar el estado en el que se encuentra la menor⁶³.

Alcance del principio de solidaridad familiar como fundamento en la concepción de las personas cuidadoras como padre o madre de crianza

En esta Sentencia T-536 de 2020, la Corte Constitucional retoma los presupuestos que permiten evidenciar la existencia o conformación de una familia de crianza, que habían sido establecidos en la Sentencia T-525 de 2016 y reiterados por múltiples fallos, entre otros la Sentencia T-109 de 2019. En ellos se destaca el principio de solidaridad como fundamento de los motivos por los cuales las personas cuidadoras se convierten en padre o madre de crianza que, junto a otros elementos, terminan convirtiéndose en una nueva familia.

La Corte en esta sentencia cita el apartado de la Sentencia T-525 de 2016, en los siguientes términos:

«(i) La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar (...) (ii) Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza, es decir, se sustituyen los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto(...) (iii) La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres (...) (iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados (...) (v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar (...) (vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares. No se

63. Cfr. Resúmenes en Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

determina a partir de un término preciso, sino que debe evaluarse en cada caso concreto con plena observancia de los hechos que rodean el surgimiento de la familia de crianza (...) (vii) Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional (...).».

El Alto Tribunal se adentra en las directrices que han de tenerse en cuenta cuanto se trata de dilucidar si un menor de edad debe permanecer con su familia biológica o si, por el contrario, debe ser entregado de manera permanente a la familia cuidadora, convirtiéndose entonces esta última en su familia de crianza. Para ello ha utilizado el criterio de traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacia la familia de crianza, y cese correlativo de la operancia de presunción a favor de la familia biológica⁶⁴. Esta traslación, según la Corte, requiere que el niño o niña haya sido «cuidado de buena fe por un grupo familiar distinto al consanguíneo durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hubiesen desarrollado vínculos afectivos y de dependencia sólidos (al grado que el menor sienta que es su propia familia), y la afectación o intervención Estatal sobre tales vínculos de cariño y respeto desconoce el interés superior del menor...»⁶⁵. En estos casos se señala que el ámbito de protección del derecho a tener una familia se traslada del grupo familiar biológico al de crianza, y opera el cese de la presunción a favor de la familia de sangre⁶⁶.

La Corte Constitucional resalta que la actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socioafectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica, fundada en el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que todas las formas de familia asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección. Y considera que, si una autoridad está llamada a definir la ubicación de un menor en el seno de una familia (biológica o de crianza), debe verificar si este ha desarrollado vínculos afectivos sólidos de cariño y dependencia con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, caso en el cual opera la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacia el grupo familiar de crianza, y el cese correlativo de la operancia de presunción a favor de la familia biológica. A pesar de ello, advierte que dicha traslación corresponde a una

64. Sentencias T-836 de 2014, T-580 A de 2011, T-292 de 2004, T-510 de 2003, T-893 de 2000, T-941 de 1999, T-715 de 1999, T-049 de 1999, T-278 de 1994, T-217 de 1994, entre otras, Cfr. Sentencia T-536 de 2020, sentencia citada, nota 51.

65. *Ibidem*, párrafo 24.

66. Este concepto de la traslación, que consiste en interpretar que el interés superior del menor se encuentra en no modificar su ubicación familiar, ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional en diversas sentencias. *Ibidem*, párrafo 24, nota 52.

medida más de índole excepcional, ya que, en principio, debe favorecerse a la familia consanguínea⁶⁷.

Características

1. El principio de solidaridad es fundamento de los motivos por los cuales las personas cuidadoras se convierten en padre o madre de crianza que junto a otros elementos, terminan convirtiéndose en una nueva familia.
2. Además de la solidaridad, para que exista familia de crianza, es perentorio que se den otros presupuestos como son: reemplazo de las figuras parentales; los vínculos de afecto, respeto y comprensión; reconocimiento de la relación de madre por parte de los integrantes de la familia; completa dependencia económica; el mantenimiento de una relación sólida por un término razonable; la afectación al principio de igualdad en su falta de reconocimiento.
3. Por vía excepcional, se debe considerar que la protección del derecho de los menores de edad a tener una familia se traslada del grupo familiar biológico al de crianza, y opera el cese de la presunción a favor de la familia de sangre cuando se han desarrollado vínculos afectivos sólidos de cariño y dependencia con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior.

Sujetos jurídicos obligados

1. En principio los llamados a atender el cuidado y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, son su familia biológica.
2. Por el principio de solidaridad, es posible que las personas cuidadoras se conviertan en padre o madre de crianza que, junto a otros elementos, terminan convirtiéndose en la nueva familia del menor de edad.
3. El Estado debe adoptar acciones afirmativas para asegurar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para garantizar su bienestar, especialmente en lo que atañe a las correctas actuaciones del ICBF.

67. *Ibidem*, párrafo 26.

5. CONCLUSIONES

La Corte Constitucional considera el principio de solidaridad familiar como un deber impuesto a los miembros de una unidad familiar, en su concepción contemporánea, entendido como un concepto en constante evolución, el cual actualmente se concibe por el vínculo generado por lazos afectivos, de ayuda, apoyo y cuidados entre sus miembros, en especial frente a aquellos que por su situación de discapacidad, condición de enfermedad o cualquier otro estado de necesidad o debilidad manifiesta requieren de protección especial. De esta forma, los primeros en prestar la ayuda requerida son los familiares más cercanos que se encuentran en capacidad para brindarla y solo en caso de no contar con dicha capacidad, o de ser esta insuficiente, pasa al Estado, como representante de la sociedad a ser el obligado a prestar la asistencia requerida.

1. El principio de solidaridad familiar no es ilimitado. Su alcance debe ser restrictivo y su interpretación debe pasar por una revisión de los principios de legalidad y de proporcionalidad.
2. Los postulados constitucionales mencionan explícitamente el principio de solidaridad. La Constitución Política señala que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. La Seguridad Social también se enmarca en la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y nuevamente se hace énfasis en la solidaridad.
3. Consagra la Carta Política, además, que son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; obrar conforme al principio de solidaridad social, y en la prestación de los servicios públicos se establecen los criterios de costos, la redistribución de ingresos y la solidaridad. También por solidaridad se establece que existirán fondos para financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana.
4. Para la Corte Constitucional colombiana, la obligación de garantizar unas condiciones mínimas de vida a todas las personas corresponde de forma primigenia a la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad, al margen de que el Estado tiene la obligación, particularmente, desde una faceta prestacional.
5. En cuanto al principio de solidaridad frente a parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud, se concluye que la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente. El Estado y la sociedad cumplen, además, un rol de garantía frente al cuidado de las personas a través de la Seguridad Social. Por solidaridad familiar existe una restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos con el propósito de beneficiar a otros, en especial, a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Y se considera una especie de violencia intrafamiliar el abandono de un pariente cercano que se

encuentra en situación de vulnerabilidad en razón de su estado de salud. En temas de salud, el cuidado de la persona en condición de discapacidad está en cabeza de sus allegados más próximos. Sin embargo, podría trasladarse a otros actores –entidades prestadoras del servicio de salud, sociedad o Estado– cuando circunstancias de orden personal, económico o social les impiden hacerse cargo de uno de sus miembros.

6. En cuanto al principio de solidaridad frente a los menores en condición de discapacidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia con el propósito de superar este déficit de protección, precaver futuras controversias y armonizar los diferentes derechos e intereses en tensión, en dos aspectos: la garantía del derecho a la educación inclusiva y el principio de solidaridad familiar; y, el principio de recuperación de costos previsto en la Ley 115 de 1994 y la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos a los NNA con TEA o en situación de discapacidad.
7. Se considera a la familia o red de apoyo del NNA con diagnóstico de TEA o en situación de discapacidad, matriculado en una institución privada de educación básica – primaria y secundaria– y media, como la primera responsable de asumir los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula que el alumno requiere. Se le impone este deber por el principio de solidaridad familiar, así como de la decisión libre y voluntaria de matricular al NNA en una institución educativa privada. Y la institución de educación privada debe concurrir a su financiación cuando se compruebe que la familia o red de apoyo del niño, niña y adolescente carezca de capacidad económica para asumir la totalidad del costo del docente de apoyo personalizado que el estudiante requiere.
8. En cuanto al principio de solidaridad frente a las personas de la tercera edad, sostiene la Corte Constitucional colombiana que es la familia, por el principio de solidaridad, quien está primeramente llamada a socorrer y a ayudar a otros miembros de su núcleo, acorde con los deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. El Estado, la sociedad y la familia concurren en la asistencia de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en particular, respecto de las personas de la tercera edad, con el fin de promover su integración a la vida activa y comunitaria.
9. El deber de solidaridad no es ilimitado; encuentra como límites la capacidad física y económica de los integrantes del núcleo familiar, así como sus proyectos de vida. Por las circunstancias de orden económico, emocional y físico de cada caso, la familia puede encontrarse en la incapacidad de proporcionar la atención y el cuidado que necesita alguno de sus integrantes.
10. El principio de solidaridad no implica sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. En estos casos, el Estado y la sociedad deben

tomar medidas para garantizar el bienestar de las personas adultas mayores, tomando acciones afirmativas encaminadas a la protección efectiva de quienes se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad.

11. El sistema de Seguridad Social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo. La solidaridad, sobre la cual se basa el sistema de salud, obedece a que los recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios, por tanto, hay que acreditar la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar para sufragar los costos de los mismos para obtener el suministro de servicios expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS). Esta falta de capacidad económica se presume en el régimen subsidiado que está dirigido a la población más vulnerable desde el punto de vista económico, en el régimen contributivo depende del IBC (Índice Base de Cotización al sistema de salud).
12. En cuanto al principio de solidaridad frente a niños, niñas y adolescentes en relaciones de cuidado, es fundamento de los motivos por los cuales las personas cuidadoras se convierten en padre o madre de crianza. Para que se entienda familia de crianza se deben dar el reemplazo de las figuras parentales; los vínculos de afecto, respeto y comprensión; reconocimiento de la relación de madre por parte de los integrantes de la familia; completa dependencia económica; el mantenimiento de una relación sólida por un término razonable; la afectación al principio de igualdad en su falta de reconocimiento.
13. Solo excepcionalmente se debe considerar que la protección del derecho de los menores de edad a tener una familia se traslada del grupo familiar biológico al de crianza, y opera el cese de la presunción a favor de la familia de sangre, cuando se han desarrollado vínculos afectivos sólidos de cariño y dependencia con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior. El Estado debe adoptar acciones afirmativas para asegurar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para garantizar su bienestar, especialmente en lo que atañe a las correctas actuaciones del ICBF.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN PALACIO, Y. y ARBOLEDA, J. C., «El nuevo concepto de familia en Colombia basado en los principios constitucionales de dignidad humana y solidaridad», *Treinta años de la Constitución Política de 1991; Balance, retos y perspectivas*, Guardela & Asociados S.A.S. - Grupo Editorial Ibáñez S.A.S., Bogotá, Colombia, 2022.
- ALARCÓN PALACIO, Y. y HOYOS ROJAS, L. M., «La Acción de Tutela en los asuntos de Familia ante la Corte Suprema de Justicia», *Los procesos judiciales ante las altas Cortes*, Tomo III, Editorial Ibáñez-Corporación Excelencia en la Justicia-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2021.
- BAZO, M., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, 45, 2008. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/38818777.pdf>
- BENAVENTE MOREDA, P., Jornada sobre «Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar». 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 76, Nº 1, 2023. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9046260>.
- CAÑÓN ORTEGÓN, L., «La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia». *Páginas de Seguridad Social*. 1, 1 (abr. 2017). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844>.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legítimos y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, ISSN 0718-0233, ISSN-e 0718-8072, Nº. 36, 2021. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000100113.
- GUÍO CAMARGO, R. E., «El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Studiositas*, edición de diciembre de 2009, 4(3). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3658953.pdf>
- HERNÁNDEZ RÍOS, M. I., «El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos». *Revista CES Derecho*, Vol. 6, Nº 2, julio-diciembre (2015). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a04.pdf>
- HOYOS ROJAS, L. M., «Concepciones de la discapacidad», *Régimen de las personas con discapacidad*, Especialización en Derecho de Familia, Pontificia Universidad Javeriana (2021).
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *Indret*, 3.2023. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1799.pdf>
- MIRANDA BONILLA, H., «La protección de los adultos mayores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Revista IUS Doctrina*, Vol. 11, Nº 1, 2018. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38101.pdf>

PAGANO, L. M., «Las personas con discapacidad y sus familias bajo el prisma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Vol. IV, N° 26, 2010. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980005.pdf>

PARRA BENÍTEZ, J., «Derecho de Familia», Tomo I, *Parte sustancial*, 3ª. edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2019.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-583 de 2023 (19 de diciembre de 2023), magistrada ponente Diana Fajardo Rivera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-583-23.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU475 de 2023 (9 de noviembre de 2023), magistrada ponente Paola Andrea Meneses Mosquera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/SU475-23.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-136 de 2023 (4 de mayo de 2023), magistrada ponente Natalia Ángel Cabo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-136-23.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-156 de 2022 (5 de mayo de 2022), magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar, párrafo 109. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-156-22.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-536 de 2020 (18 de diciembre de 2020), magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-536-20.htm#:~:text=T%2D536%2D20%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Los%20menores%20tienen%20derecho%20a,conozcan%20exhaustivamente%20la%20cuesti%C3%B3n%20debatida>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-032 de 2020 (30 de enero de 2020), magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-032-20.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-339 de 2019 (26 de julio de 2019), magistrado ponente Alberto Rojas Ríos. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-339-19.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-215 de 2018 (1 de junio de 2018), magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-215-18.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-552 de 2017 (29 de agosto de 2017), magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-552-17.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-422 de 2017 (4 de julio de 2017) magistrado ponente Iván Humberto Escrucería Mayolo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-422-17.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-451 de 2016 (24 de agosto de 2016), magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-451-16.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-154 de 2014 (14 de marzo de 2014), magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-154-14.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-730 de 2010 (13 de septiembre de 2010), magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2010/T-730-10.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-529 de 2010 (23 de junio de 2010), magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-529-10.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-434 de 2002 (30 de mayo de 2002), magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-434-02.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209 de 1999 (13 de abril de 1999), magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-209-99.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-801 de 1998 (16 de diciembre de 1998), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-801-98.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-550 de 1994 (2 de diciembre de 1994), magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1994/T-550-94.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-533 de 1992 (13 de septiembre de 1992), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-533-92.htm>.

Normativa

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1257 de 2008 (diciembre 4).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 294 de 1996 (julio 16).

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1421 de 2017 (agosto 29).

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Constitución Política de la República de Colombia, *Gaceta Constitucional* N° 116 (20 de julio de 1991).

PARENTALIDAD SOCIOAFECTIVA Y SOLIDARIDAD FAMILIAR: ¿UN RELATO POSIBLE?*¹

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

*Profesora de Derecho Civil
Universidad de Valparaíso, Chile*

RESUMEN

El contexto familiar actual reconoce supuestos de parentalidad arraigados en el afecto y en el desempeño de roles paternos o maternos con independencia de vínculos biológicos o legales. El presente trabajo apunta a indagar si en estas realidades podría concretarse el principio de solidaridad familiar trascendiendo en deberes o atribuciones de contenido patrimonial como la atención material de hijos, alimentos o derechos sucesorios entre parientes socioafectivos. Con este objetivo, teniendo a la vista los aportes de la doctrina especializada, se analizará la normativa en vigor, se revisarán ciertos reconocimientos introducidos en modernas legislaciones y se aludirá a su consideración en la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE

Socioafectividad, solidaridad familiar, alimentos, derechos sucesorios.

* Fecha de recepción: 01-03-2024. Fecha de aceptación: 10-04-2024.

1. Trabajo desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt de Iniciación N.º 11200066 «Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socioafectividad en perspectiva de infancia», del que la autora es investigadora responsable.

SOCIOAFFECTIVE PARENTING AND FAMILY SOLIDARITY: A POSSIBLE STORY?

ABSTRACT

The current family context recognizes assumptions of parenting rooted in affection and the performance of paternal or maternal roles regardless of biological or legal ties. The present work aims to investigate whether in these realities the principle of family solidarity could be materialized, transcending duties or attributions of patrimonial content, such as the material care of children, alimony or inheritance rights between socioaffective relatives. With this objective, taking into account the contributions of specialized doctrine, current regulations will be analyzed, certain recognitions introduced in modern legislation will be reviewed and their consideration in jurisprudence will be referred to.

KEYWORDS

Socioaffectiveness, family solidarity, alimony, inheritance rights.

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares	58
2. Familias: solidaridad familiar y socioafectividad.....	61
3. Atención de necesidades materiales de hijos e hijas en el ámbito familiar. Especial referencia a la situación de niños, niñas y adolescentes.....	64
3.1 Parentalidad socioafectiva y solidaridad familiar. Recepción jurisprudencial en Latinoamérica	69
3.2. Familias reconstituidas y obligación de alimentos. Reconocimientos legales en el ámbito latinoamericano	72
4. Parentalidad socioafectiva y reglas sucesorias.....	74
5. Conclusiones.....	79
Bibliografía.....	80

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Que entre personas que carecen de vínculos biológicos o genéticos de ascendencia o descendencia pueda existir una relación legal de filiación, aun cuando excepcione al principio de verdad biológica y su reflejo en la verdad formal, no es una novedad en los ordenamientos jurídicos. Acontece así, por ejemplo, en la adopción plena, en el reconocimiento voluntario de hijo o hija o en ciertas hipótesis de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. Supuestos en que corresponde apuntar el debido resguardo del derecho a conocer el origen biológico o genético, corolario de un sistema respetuoso de los derechos esenciales de las personas², centro de toda relación jurídica y, por cierto, de la familiar.

Ahora bien, en materia de relaciones paterno o materno filiales desligadas de los vínculos que la establecen, aunque sean estos puramente formales, de cara a las diversas formas de familias que se vivencian en sociedades plurales³, es posible constatar también realidades familiares que sin contar con un componente biológico y/o jurídico se sustentan en el afecto y en el ejercicio constante de funciones parentales⁴.

Realidad que, más allá del nexo consanguíneo, integra los predicados de madre o padre con «el conjunto de deberes de cuidado, atención, alimento y anexos»⁵, paradigma del rol parental que da su fisonomía a una verdadera unión filial. La figura paterna o materna es atribuida a aquel o aquella que se comporta como padre o madre asumiendo las funciones que el progenitor o progenitora ha abandonado o, de existir este o esta,

2. RIVERO HERNANDEZ, F., «Una revolución jurídica silenciosa. ¿Filiación? ¿Qué es eso?», *Familia y derecho en la España del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálvez* (coordinadores A. Marín Velarde, A. Cabezuelo Arenas y F. Moreno Mozo), Madrid, 2021, pp. 794-796.

3. En torno a la pluralidad de modelos familiares, GARCÍA RUBIO, M., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coordinadora P. Abad Tejerina), Madrid, 2021, pp. 279-290.

4. MURTULA LAFUENTE, V., «Ser padre o madre va más allá de la biología. Sobre el valor de la socioafectividad en el derecho de filiación y hacia un posible reconocimiento de la multiparentalidad», *Entre persona y familia* (directores J. de Verda y Beamonte y G. Carapezza Figlia), Madrid, 2023, pp. 962-963.

5. GARCÍA RUBIO, M., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, N.º 30, p. 12.

complementándolas. La cotidianeidad de las familias reconstituidas⁶ o ensambladas puede constituir un claro ejemplo al respecto⁷.

El entorno familiar descrito nos presenta, como ha señalado Tamayo Haya, «una relación que obviamente no hace parientes a los que no lo son, pero convierte en familiares a los que no lo eran»⁸, calificado en doctrina como parentesco social afectivo con objeto de reflejar la relación existente entre personas que, sin ser jurídicamente parientes, se comportan entre ellos como tales⁹, el que en el caso que comentamos se especifica en la parentalidad socioafectiva¹⁰. Supuesto que en numerosas ocasiones involucra a niños, niñas o adolescentes, haciendo central la consideración de su interés superior y el resguardo de sus prerrogativas inherentes.

En el ámbito jurídico, desde la afirmación de la diversidad familiar, reviste interés indagar la forma en que los sistemas legales han adaptado su normativa para acoger estas realidades estableciendo el marco que permita tutelar el desarrollo de cada uno de sus miembros, poniendo particular atención en aquellos que son titulares de una protección legal reforzada, como los niños, niñas y adolescentes, «lo cual implica consolidar los principios de participación, cooperación y solidaridad»¹¹. Contexto en que el grado de reconocimiento que se otorgue a la relación entre estos y las personas adultas que despliegan funciones parentales a su respecto y sus consecuentes efectos jurídicos, resultan temas de especial interés, particularmente para sistemas jurídicos que, como el español o el chileno, solo contemplan limitadas hipótesis en la materia.

6. Conforme lo señalan GETE-ALONSO y CALERA Y SOLE «Son familias reconstituidas las formadas por personas que, tras la extinción de una relación anterior, contraen un nuevo matrimonio o constituyen una pareja estable –homosexual o heterosexual– y crean un nuevo hogar en el que conviven de forma permanente o temporal con al menos un hijo no común, fruto de una anterior relación de cualquiera de ellos –o de los dos–. A este grupo familiar se le pueden unir hijos comunes fruto de esta nueva relación, que serán medio hermanos de los hijos no comunes», GETE-ALONSO y CALERA, M. y SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación*, Valencia, 2021, p. 219.

7. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Familias reconstituidas y ejercicio de funciones parentales. Una mirada desde las prerrogativas de infancia y adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, pp. 825-865.

8. TAMAYO HAYA, S., «El reconocimiento por el derecho de las familias recompuestas», *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 1 (coordinadores R. Herrera Campos y M. Barrientos Ruiz), Almería, 2011, p. 149.

9. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y comercial argentino de octubre de 2014», *Revista de Derecho de Familia*, 2014, N.º 4, vol. IV, p. 91.

10. MONTAGNA, P., «Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales», *Derecho PUCP*, 2016, N.º 77, p. 223; BLANDINO GARRIDO, M., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, p. 33.

11. DUTTO, R., *Socioafectividad y derechos*, Buenos Aires, 2022, p. 32.

La doctrina ha propuesto el principio general de responsabilidad de quienes participan en la generación de un nuevo ser humano como la base de un nuevo derecho de filiación respetuoso de las diversas formas de organización de relaciones personales con centro en la garantía de defensa del interés superior de niños, niñas y adolescentes y sus derechos¹², considero que el mismo principio podría aplicar para el caso de ejercicio de funciones parentales asumidas *de facto*, correspondiendo al orden legal el establecimiento de ciertos deberes en cabeza de los adultos que los desempeñan, de especial relevancia para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes¹³.

Con todo, el sustento de esta premisa también podría encontrarse en el principio de solidaridad familiar originando deberes y derechos de carácter recíproco, que adquieren una particular proyección en la dimensión patrimonial de las relaciones familiares como la atención de las necesidades materiales de hijos e hijas y las reglas en el orden sucesorio.

Con objeto de aportar en esta fundamentación, seguidamente se referirán aportes doctrinales; se revisará normativa vigente en ordenamientos jurídicos que cuentan con similar estructura en el sistema filiativo que establecen, de carácter biparental y de efectos exclusivos y excluyentes, como el español y el chileno; se examinarán las adecuaciones legales incorporadas en regulaciones extranjeras que comparten tradición jurídica; y se referirá cierta jurisprudencia, particularmente en el ámbito latinoamericano, relevante para comprobar ese relato posible que da título al presente trabajo.

12. GETE-ALONSO Y CALERA, M. y SOLE RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación*, 2021, Valencia, pp. 126-127; BARBA, V. «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, N.º 3, p. 162.

13. MANTEIGA, D., «Capítulo 7 Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», *Código Civil y Comercial de la Nación comentado 5-C* (directores M. López Mesa y E. Barreira Delfino), Buenos Aires, 2022, p. 260.

2. FAMILIAS: SOLIDARIDAD FAMILIAR Y SOCIOAFECTIVIDAD

Existe amplio consenso en la extensión y dinamismo de la noción de familia y su importancia como unidad fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños¹⁴, concepción recogida tanto en las orientaciones¹⁵ como en las decisiones¹⁶ de organismos internacionales. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N.º 7 de 2006, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, señala: «El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño»¹⁷. Idea que reitera en la Observación General N.º 14 de 2013, indicando en su parágrafo 59: «El término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local». Figuras a las que cabría agregar la parentalidad socioafectiva o, como también se le ha denominado, padre o madre de crianza o social.

La familia así conformada en base a «vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos»¹⁸, «se caracteriza por un intenso vínculo de solidaridad recíproca entre sus componentes que se traduce en derechos y obligaciones de asistencia, de colaboración, de mantenimiento»¹⁹. De allí que, en el ámbito de los principios aplicables a las relaciones de familia, por

14. GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «El derecho del niño a vivir en familia», *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, N.º 130 (2009), p. 177.

15. Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 19 de 1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02 de fecha 28 de agosto de 2002, Opinión Consultiva 21/14 de fecha 19 de agosto de 2014 y Opinión Consultiva 24/17 de fecha 24 de noviembre de 2017.

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018; caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012; caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012; caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *C.A.B. vs. España*, sentencia de 10 de abril de 2012; caso *Kozak vs. Polonia*, sentencia de 2 de marzo de 2010; caso *Kroon y otros vs. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994.

17. Comité de los Derechos del Niño (2006), parágrafo 15.

18. Art. 2º 1) Ley N.º 20.530, Chile, crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica, DO 13.11.2011, modificado por la Ley N.º 21.150 DO 16.04.2019.

19. BIANCA, M., *Diritto Civile*, t.2, *La famiglia*, 2ª edición, Milán, 1989, p. 4.

solidaridad se entienda el «recíproco involucramiento de los integrantes de la familia que los lleva a ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades materiales y espirituales»²⁰.

Resulta de interés destacar la conexión entre solidaridad y socioafectividad²¹ en el ámbito familiar. Cierta reflexión aprecia en la solidaridad familiar una de las notas tipificantes de la socioafectividad, uno de los principios en que se apoya para dar al afecto una categoría jurídica proyectándose en diversas manifestaciones que van siendo recogidas en los ordenamientos jurídicos²². Otros aportes observan en los comportamientos de solidaridad la exteriorización social del afecto íntimo construido en la cotidianidad de la vida familiar²³, que en lo tocante al presente análisis se presentará existan o no vínculos consanguíneos o jurídicos entre padres/madres e hijos/hijas.

En cuanto a su reconocimiento legal, a modo ejemplar es posible citar el Código de las Familias cubano de 2022 que, en su artículo 3.2 entre otros principios que enuncia y junto con la socioafectividad (literal e), consagra expresamente la solidaridad (literal d) como principio que rige las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar, a los que se puede recurrir como pautas interpretativas para el esclarecimiento del sentido de las normas y para su integración. El cuerpo normativo que comentamos en su artículo 2 consagra una noción amplia de familia, estableciendo en el numeral 3 que: «Los miembros de las familias están obligados al cumplimiento de los deberes familiares y sociales sobre la base del amor, el afecto, la consideración, la solidaridad, la fraternidad, la coparticipación, la cooperación, la protección, la responsabilidad y el respeto mutuo».

Este reciente cuerpo legal ha incorporado en el título III, dentro de su capítulo I dedicado al parentesco, el artículo 21 relativo al parentesco socioafectivo, disponiendo: «1. El parentesco socioafectivo se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo que pueda justificar una filiación.

2. El parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente por el tribunal competente y tiene los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, conforme a las pautas establecidas en el Artículo 59.2 de este Código». Disposición que contempla la institución

20. RIVERO DE ARHANCET, M. y RAMOS, B., «Principios aplicables en las relaciones de familia», *Revista de derecho Universidad Católica del Uruguay*, 2009, N.º 4, p. 258 (243-263).

21. A estos efectos adoptaremos la noción aportada por Lloveras «relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo». LLOVERAS, N., *Manual de derecho de las familias*, Córdoba, 2016, p. 66.

22. DUTTO, R., *Socioafectividad y Derechos*, Buenos Aires, 2022, pp. 148-149.

23. PARODI, C. y BOBROSKY, J., «Repensando el instituto de la filiación a la luz de la socioafectividad», *Filiación, niñez y género en clave interdisciplinaria* (directora A. Krasnow), Buenos Aires, 2021, p. 226.

de la multiparentalidad sobrevenida con motivo de socioafectividad exigiendo la «presencia de un vínculo socioafectivo familiar notorio y estable, con independencia de la existencia o no de un lazo biológico entre una persona y la hija o el hijo; con el comportamiento de quien como madre o padre legal ha cumplido meritoriamente los deberes que le competen en razón de la paternidad o maternidad social y familiarmente construida, y de quienes por su intención, voluntad y actuación se pueda presumir que son madres o padres».

3. ATENCIÓN DE NECESIDADES MATERIALES DE HIJOS E HIJAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La parentalidad comprende roles de crianza, educativos y de transmisión identitaria, considerándose, desde una perspectiva antropológica, que «las funciones parentales, los cuidados físicos, la alimentación y nutrición, los procesos de socialización y el marco de seguridad psíquica que ofrecen, en un sentido amplio, pueden ser ejercidos simultánea o sucesivamente por varias personas [tengan], o no, vinculación biológica con los niños y las niñas»²⁴.

De forma tradicional en el ámbito jurídico, respecto hijos e hijas menores de edad, estas funciones se radican en aquellos que hayan determinado su paternidad o maternidad, debiendo ejercerse siempre en beneficio de los primeros y teniendo en consideración su interés prevalente. Así, en el sistema español quedan comprendidas en la esfera personal de la patria potestad, recogido en el artículo 154 del Código Civil²⁵. El ordenamiento chileno, por su parte, lo contempla en el artículo 222 del Código Civil²⁶, dentro del título IX de su Libro I, relativo a los derechos y obligaciones entre padres e

24. PIELLA VILA, A., y URIBE, J., «Parentesco y parentalidad. Introducción al monográfico Escenarios de parentalidad», *Revista de Antropología Iberoamericana*, 2019, Vol. 14, N.º 3, p. 378.

25. Artículo 154. «Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

26. Art. 222. «La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades».

hijos²⁷. Entre estas, el deber de prestar alimentos, el que prefiere a toda otra obligación alimenticia entre parientes²⁸.

La realidad familiar que examinamos, en que los roles parentales son ejercidos por personas distintas de padres o madres, excede la fórmula legal que enlaza la atención personal y económica de los hijos a la relación paterno-filial, lo que en búsqueda de la justificación que hemos emprendido nos lleva a desplazarla hacia el ámbito de los deberes de alimentos de carácter general en el ámbito familiar. Contexto en que el aporte efectuado por Bercovitz alcanza especial relevancia, al señalar que «como cualquier otra institución jurídica, el sentido y el alcance de los alimentos entre familiares se ven afectados por el cambio social y por [los] principios constitucionales»²⁹, ello por la adecuación que ya puede observarse en algunos sistemas jurídicos con el fin de integrar los diversos modelos familiares y perfilar jurídicamente los deberes que en su seno se originan.

Examinando las obligaciones familiares básicas, la doctrina de matriz latina³⁰ encuentra el fundamento de la obligación de alimentos entre parientes en el principio de la solidaridad familiar, «que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí»³¹, constituyendo un deber insoslayable en las relaciones familiares³².

En el caso de niños, niñas o adolescentes, debemos añadir, encuentra centro en su interés superior, conectando, además, con su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, conforme lo establecido por el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño³³, siendo responsabilidad primordial

27. Hacer notas que, dentro de los efectos emanados de la relación jurídica de filiación, el sistema chileno aborda tratamiento de la esfera personal, denominada doctrinalmente como autoridad parental; de la dimensión patrimonial que se designa legalmente como patria potestad y se regula con tal epígrafe en el título X del Libro I, en los artículos 243 y ss. del Código Civil, disponiendo la referida norma, «La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados».

28. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia, Madrid, 2023, p. 267. Preferencia que en el ordenamiento chileno se manifiesta en una regulación especial contenida en la Ley N.º 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

29. *Ibid.*, p. 30.

30. DUTTO, R., Socioafectividad y Derechos, Buenos Aires, 2022, p. 361.

31. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de derecho civil, Volumen IV Derecho de Familia Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid, 2006, p. 47.

32. MIZHARI, M., Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos, Buenos Aires, 2016, p. 359.

33. Art. 27 CDN «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

de padres, madres u otras personas encargadas de su cuidado el proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida necesarias para dar efectividad a este derecho.

Prerrogativa de niñez y adolescencia que ha sido incorporada en legislaciones internas, por ejemplo, en Chile, en la Ley N.º 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia de 2022, que en su artículo 25 consagra el derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado, disponiendo:

«Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a un nivel de vida que le permita su mayor realización física, mental, espiritual, moral, social y cultural posible. Los padres y/o madres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño, niña o adolescente. Corresponderá a los padres y/o madres, o en su caso, a los representantes legales o a quienes tuvieran legalmente al niño, niña o adolescente a su cuidado, el derecho y deber preferente de su crianza y desarrollo. Deberán proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para su pleno desarrollo. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño, niña o adolescente». El cuerpo normativo que comentamos, no obstante efectuar el reconocimiento de la pluralidad de formas familiares en su artículo 27³⁴ y consagrar el principio de efectividad de derechos en clave de garantía en el artículo 12³⁵, en cuanto a la atención de las necesidades de vida de niños, niñas y adolescentes

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados».

34. Artículo 27. «Derecho a vivir en familia. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir en familia, preferentemente en la de origen, y completar así su adecuado desarrollo. El Estado tiene el deber de velar por la protección y consideración de la familia del niño, niña o adolescente, cualquiera que sea su composición».

35. Artículo 12. «Efectividad de los derechos. Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes».

alude a padres, madres, representantes legales o quienes tuvieren legalmente su cuidado, pareciendo así tener un alcance más restrictivo que la disposición contenida en la Convención de los Derechos del Niño, que para esta satisfacción comprende también a «otras personas encargadas de su cuidado».

Más allá del examen respecto la situación de niños, niñas y adolescentes y la satisfacción de sus necesidades de toda índole para su óptimo desarrollo, volviendo al tema de la responsabilidad alimentaria y su regulación, esta encuentra su fuente en la ley, en España en los artículos 142 a 153 del Código Civil, en el título VI «De los alimentos entre parientes», del Libro I; y, en Chile, en los artículos 321 a 337 del Código Civil, en el título XVIII «De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas», del Libro I. De allí que, en tanto las relaciones parentales socioafectivas no se incluyan en el listado de titulares de derechos de alimentos, no obstante el parentesco socioafectivo vivido, no tienen cabida en el sistema, salvo la prestación de alimentos voluntarios que en el estado de necesidad de alguno de los involucrados lleve a otro, que cuente con los medios económicos, a contribuir para su superación³⁶. La integración del supuesto que comentamos, en los dos ordenamientos que hemos referido, pasa así entonces, necesariamente, por una modificación legal.

Ahora bien, con referencia al sistema chileno, un breve análisis de la regulación de los alimentos legales podría contribuir a la hora de ponderar una futura reforma que considerara a padres o madres e hijos e hijas sociales, dado que la norma ya contempla como titular de derecho de alimentos a un sujeto no pariente. En efecto, desde su versión original, el artículo 321³⁷ del Código Civil chileno considera a aquel que hizo una donación cuantiosa en tanto esta no hubiere sido rescindida o revocada. Superando la relación de parentesco, es el deber de gratitud el que en este caso engendra la obligación, único supuesto que, además, exceptúa la regla de reciprocidad en la materia³⁸.

36. Artículo 153 Código Civil español. «Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

Art. 337 Código Civil chileno. «Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo».

37. Art. 321. «Se deben alimentos:

1° . Al cónyuge;

2° . A los descendientes;

3° . A los ascendientes;

4° . A los hermanos, y

5° . Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario».

38. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, tomo II, Santiago de Chile, 2003, p. 511.

De este modo, conforme la norma referida y en la medida que se recepte la noción amplia de familia que hemos comentado, la manifestación del principio de solidaridad familiar en la incorporación de la responsabilidad alimentaria recíproca para el caso que analizamos podría ir abriéndose camino a la hora de pensar una modificación legal.

Respecto la atención de las necesidades materiales de los menores de edad, sí es posible reconocer una limitada manifestación del principio de solidaridad en el ámbito de las configuraciones familiares que comentamos dentro del régimen matrimonial de sociedad de gananciales que entre los gastos de cargo del patrimonio social incluye aquellos necesarios para el sostenimiento de los hijos de solo uno de los cónyuges que convivan con el matrimonio.

El artículo 1362 regla 1° del Código Civil español dispone:

«Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación».

El análisis doctrinal da cuenta de las exigencias actuales que demandan una respuesta afirmativa para la incorporación en el supuesto de hecho de la norma ante transcrita del hijo o hija no común, incluso de aquellos bajo guarda y custodia compartida con el otro progenitor, en tanto miembros de la familia³⁹.

En Chile, dentro de la regulación del régimen de sociedad conyugal, denominación que el legislador da a la comunidad de bienes, el numeral 5° del artículo 1740⁴⁰ del Código Civil prescribe la obligación de soportar el pago del mantenimiento de los cónyuges, descendientes comunes y toda otra carga de familia, estimándose como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus descendientes, aunque no sean comunes, estableciéndose la facultad del juez para moderar este gasto

39. SABORIDO SANCHEZ, P. , «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *Código Civil comentado*, vol. 3 (directores A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Madrid, 2016, p. 1277.

40. Art. 1740. «La sociedad es obligada al pago:

5° . Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge».

si le pareciere excesivo imputando el exceso al haber propio del cónyuge que sea el progenitor.

En otras latitudes, haciendo eco de la diversidad familiar que hemos apuntado, legislaciones de reciente data han recepcionado la realidad que comentamos, en este sentido el Código de las Familias de Cuba dedica el capítulo I de su título III al parentesco y la obligación legal de dar alimentos. Otorgando un alcance general al parentesco en el artículo 16, consagra el parentesco socioafectivo en el artículo 21, al que ya hemos hecho referencia, indicando en el artículo 23.2 sus efectos, refiriendo en forma expresa la obligación legal de dar alimentos y el derecho a la comunicación familiar. Así, en el capítulo II, el artículo 25 señala el alcance de la obligación de dar alimentos prescribiendo, «1. La obligación legal de dar alimentos vincula a uno o varios alimentantes con otro o varios alimentistas, casados entre sí o en unión de hecho afectiva inscripta o en relación de parentesco, para la realización de una prestación que ha de proporcionar a estos últimos lo necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales. 2. La prestación abarca todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud, recreación, cuidado personal y afectivo, y en el caso de personas menores de edad, también los requerimientos para su educación y desarrollo».

El artículo 27 del cuerpo normativo en comento indica los sujetos obligados a darse alimentos con carácter recíproco, incorporando en el numeral 2 a los «parientes socioafectivos en la misma línea y grado que los parientes consanguíneos».

3.1. Parentalidad socioafectiva y solidaridad familiar. Recepción jurisprudencial en Latinoamérica

Demostrando que la estructura familiar sustentada en lazos socioafectivos es una realidad común en nuestras sociedades, situaciones relativas a la atención de necesidades materiales de hijos e hijas sociales también han sido conocidas por los órganos jurisdiccionales en el ámbito latinoamericano, vinculadas principalmente a prestaciones sociales y beneficios que comprenden a los miembros de las familias como manifestación del principio de solidaridad familiar.

En Colombia se ha aludido a esta realidad familiar como «hijos de crianza», la que ha tenido reconocimiento en sede judicial a través de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en el ejercicio del control concreto de constitucionalidad, con objeto de evitar la separación de niños, niñas y adolescentes de su familia afectiva; procurar la extensión de beneficios sociales por pertenecer a un entorno de crianza; y obtener beneficios patrimoniales indemnizatorios al fallecimiento de los adultos que han cuidado y criado a un menor de edad⁴¹.

41. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «La socio-afectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», *Persona, Familia y Género. Liber amicorum a M. del Carmen Gete Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Barcelona, 2022, p. 165.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de junio de 2020, el máximo tribunal colombiano confirma la sentencia de primera instancia en materia laboral, para establecer que los hijos de crianza también son beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

En primera instancia, el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito Judicial de Medellín había resuelto reconocer en favor de una niña pensión de sobrevivencia tras la muerte de la persona que había asumido en los hechos como figura materna y de quien dependía económicamente y condenar, en consecuencia, a la Caja Nacional de Previsión Social a pagarle la pensión a cuenta de la pensionada fallecida.

La sentencia fue impugnada por la parte demandada, Caja Nacional de Previsión Social y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revocó lo resuelto absolviendo a la demandada, estableciendo en su decisión que «para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la calidad de hijo se debía acreditar de conformidad con las reglas del Código Civil, sin que en dicho estatuto se haya previsto el ‘hijo de crianza’, con mayor razón, si dentro del proceso no se demostró que la pensionada hubiera adoptado a la menor, pese a que hizo cargo de ella diez años antes de su fallecimiento»⁴², concluyendo que la circunstancia de que la causante se hubiera encargado del cuidado y crianza de la niña no cumplía la condición de beneficiario del derecho pensional.

La demandante recurre ante la Corte Suprema de Justicia la que confirma la sentencia de primera instancia. En la extensa fundamentación efectuada, el tribunal colombiano aborda el concepto de familia, para lo cual tiene presente el artículo 42 de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional. Reconoce que «la realidad, los cambios culturales, y las nuevas exigencias sociales, han hecho que el concepto de familia permanezca en continuo dinamismo por lo que se ha convertido en una institución que ha llevado a que los requerimientos de sus miembros, incluso, la forma en que se crea, se proyecte con nuevos retos, no solo para el legislador en materia del desarrollo de los principios establecidos por el constituyente primario, sino para el operador judicial, quien ha tenido que ir acomodando esas expectativas para declarar derechos e ir materializando la protección de las diversas autoridades en diferentes escenarios jurídicos»⁴³.

Calificando a la jurisprudencia constitucional como prolífica en concretar los alcances y el concepto de familia, alude a la Sentencia C-577 de 2011, que en lo que atañe al tema, señala:

«Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando ‘un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos

42. Disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/cartilladef/DSS/SL1939-2020.pdf> [Consulta: 26.02.2024], pp. 4-5.

43. *Ibid.*, p. 14.

afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia' que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, 'no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza'»⁴⁴.

Tiene en consideración el entorno de protección integral y prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el marco de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia que, entre las reglas relativas al restablecimiento de derechos, en el artículo 67⁴⁵ consagra la solidaridad familiar como un deber que también corresponde a la familia diferente a la de origen, que asume la protección de un niño, niña o adolescente de manera permanente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos⁴⁶.

El tema que nos convoca también ha sido abordado por el Tribunal Constitucional peruano en el caso «Medina Menéndez». Mediante sentencia de 1 de octubre de 2018, el pleno del tribunal, en recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Corte Superior de Lima que había declarado improcedente demanda de amparo por despido fraudulento interpuesta por don Manuel Medina Menéndez, con fundamento en el derecho a la protección de la familia, considera acreditada la vulneración de derechos alegada, anula el despido y ordena a la demandada a reponer en su cargo al demandante.

La causa tiene su origen en el despido del actor por parte de su empleadora Provías Nacional, sustentada en tres imputaciones, una de las cuales consistía en haber registrado en calidad de hija a quien legalmente no lo era, tratándose de la hija de su cónyuge, generando con ello un costo indebido para la institución.

El fundamento 29 de la sentencia sostiene que el Tribunal Constitucional ya «ha establecido que [nuestra] Constitución debe reconocer un concepto amplio de familia a la luz de los nuevos contextos sociales, por lo que debe otorgarse especial protección a las denominadas 'familias ensambladas' (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamentos 7 y 8)»⁴⁷. Línea en que ha definido a las familias ensambladas como «la estructura

44. *Ibid.*, p. 16.

45. Artículo 67. Código de la Infancia y la Adolescencia. «Solidaridad familiar. El estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco».

46. Disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/cartilladef/DSS/SL1939-2020.pdf> [Consulta: 26.02.2024], p. 32.

47. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-01204-2017-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf, [Consulta: 26.02.2024].

familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. De este modo, ha considerado que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, siempre que esta relación guarde ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento (Sentencia 09332- 2006-PA/TC, fundamento 12)⁴⁸.

Contexto en que considera «pertinente señalar que existen obligaciones que tiene el padre o madre afín, derivadas del reconocimiento de una familia ensamblada, y es que resulta claro que si se identifica la existencia de este tipo de familia, el padre o madre afín tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y, principalmente, dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor, esto es, a la atención, cuidado y desarrollo del mismo»⁴⁹.

Deber del padre o madre afín, que se reconoce con carácter recíproco en relación con el hijo/a afín, que no significa liberar a los progenitores de sus responsabilidades legales⁵⁰ y que el Fundamento 37 de la sentencia en comento sustenta en «razones vinculadas a la solidaridad, a la afectividad respecto a la nueva unidad familiar y a una posible situación de irreparabilidad en la que podría caer el menor si carece de la asistencia a la que el padre biológico está obligado pero que, muchas veces, incumple»⁵¹.

3.2. Familias reconstituidas y obligación de alimentos. Reconocimientos legales en el ámbito latinoamericano

El supuesto más usual de ejercicio de funciones parentales sin vínculo filiativo biológico y/o jurídico es el que se da en las familias reconstituidas o ensambladas. En relación con la parentalidad socioafectiva y los deberes que, con sustento en la solidaridad familiar, puedan establecerse respecto la atención de hijos/as, resulta de interés la consideración que a su respecto ha sido incorporada en recientes legislaciones del ámbito latinoamericano como en el ya mencionado Código de Familias cubano y en el Código Civil y Comercial argentino, las que a continuación revisaremos sucintamente.

El Código de las Familias de Cuba refiere a las familias reconstituidas en su capítulo IV en que establece los deberes y derechos de madres y padres afines respecto a las hijas e hijos afines. La disposición con que comienza el referido capítulo reza: «A efectos de este Código, se denomina madre o padre afín al cónyuge o a la pareja de hecho afectiva

48. *Ibid.*, Fundamento 30.

49. *Ibid.*, Fundamento 36.

50. MEZA, M., NICOLÁS, J., UCHUYPUMA, D. y LÓPEZ, Y., «Las familias ensambladas y su tutela constitucional nuevas consideraciones a propósito del caso Medina Menéndez», *Persona y Familia*, 2019, vol. 8, p. 113.

51. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-01204-2017-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf, [Consulta: 26.02.2024].

que convive con quien tiene a su cargo la guarda y el cuidado de la niña, el niño o adolescente, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas».

La normativa que comentamos incorpora en el artículo 27.d), entre los sujetos obligados a darse alimentos, a madres, padres y sus hijas e hijos afines. Obligación que conforme lo dispuesto por el artículo 185 se establece con carácter subsidiario y que cesa en caso de ruptura del matrimonio o convivencia. Sin embargo, como lo señala la aludida disposición en el numeral 3, si el cambio de situación pudiere «ocasionar un grave daño a la niña, el niño o adolescente, y el cónyuge o pareja de hecho afectiva asumió durante la vida en común el sustento de la hija o el hijo menor de edad del otro, puede fijarse una obligación de dar alimentos a su cargo con carácter transitorio, período cuya duración debe definir el tribunal de acuerdo con las condiciones económicas del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de convivencia con dicha hija o dicho hijo».

Con anterioridad, en vigor desde el año 2015, el Código Civil y Comercial argentino ya había incorporado el reconocimiento de la configuración familiar que comentamos en el Libro Segundo relativo a las relaciones de familia, título VII, capítulo 7 titulado «Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines». Contemplando en materia de alimentos una fórmula similar a la acogida posteriormente por el sistema cubano, dispuso en el artículo 676, «Alimentos. la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia».

Conforme el análisis efectuado por la doctrina especializada, la norma antes transcrita encuentra sus fundamentos en los principios básicos de solidaridad familiar, interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a un nivel de vida digno, reconociendo que el vínculo generado por la crianza fáctica y el afecto, generan efectos jurídicos de naturaleza alimentaria⁵². Entre las características de esta obligación alimentaria se encuentran su subsidiariedad; transitoriedad, dado que, en principio, se limita al matrimonio o convivencia entre el padre/madre y el progenitor afín; y el que ante supuestos específicos, si el cambio de situación pudiere ocasionar un grave daño al niño o adolescente adquiere un carácter de tipo asistencial, pudiendo fijarse una cuota asistencial transitoria a cargo del excónyuge o expareja del padre o madre⁵³.

52. PELLEGRINI, M. «Título VII, Responsabilidad Parental», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2015, p. 525.

53. *Ibid.*, p. 526.

4. PARENTALIDAD SOCIOAFECTIVA Y REGLAS SUCESORIAS

En el derecho sucesorio, indefectiblemente ligado a la propiedad privada, tiene también su reflejo la familia, señalándose que «las instituciones sucesorias han estado pensadas para y por las instituciones familiares»⁵⁴, resultando así intrínsecamente vinculadas las reglas del derecho sucesorio con las del derecho de las familias⁵⁵, siendo estas últimas determinantes en la regulación de la sucesión a título legal, sea *ab intestato*, en el establecimiento de los órdenes sucesorios; o testamentaria, a través de las legítimas, limitando la voluntad del testador con fundamento en la protección de la familia⁵⁶ y la solidaridad familiar⁵⁷.

Vinculación nuclear en que la evolución sociojurídica que ha experimentado la familia debiera traducirse en los necesarios ajustes en el orden sucesorio⁵⁸, no obstante, en ordenamientos como el español o el chileno podemos ver actualizadas las palabras de Roca Trías cuando señala que «han sido nulas las consecuencias sucesorias que hasta ahora ha tenido la gran modificación de la familia»⁵⁹ y, en lo que ahora analizamos, la consideración de la realidad familiar socioafectiva. Las reglas sucesorias y, en particular, las de la legítima «se concibe[n] como un derecho legal por razón de parentesco al margen de la realidad familiar y, por tanto, de si existen o no relaciones de afecto y colaboración que puedan constituir la razón de su reconocimiento»⁶⁰.

54. ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, p. 1247.

55. ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, 2021, N.º 36, p. 114; BARBA, V., «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, N.º 3, p. 158.

56. PARRA LUCAN, M., «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, 2009, N.º 13, p. 500; ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, 2021, N.º 36, p. 115.

57. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *InDret*, 2023, 3, p. 399; ECHEVARRÍA DE RADA, M., «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicancias sucesorias», *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol X, N.º 3, p. 21.

58. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN A. (2006), *Sistema de derecho civil, Volumen IV Derecho de Familia Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 10ª edición, p. 468.

59. ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, p. 1247.

60. ECHEVARRÍA DE RADA, M., «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicancias sucesorias», *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol X, N.º 3, p. 21.

No obstante, en forma incipiente, la doctrina ha comenzado a plantear el tema de los vínculos socioafectivos en el ámbito sucesorio⁶¹, manifestándose favorable a su respecto con fundamento en las profundas transformaciones en el derecho de las familias y su innegable repercusión en el derecho sucesorio, refiriendo la solidaridad familiar y el afecto presunto del causante como fuentes de la vocación sucesoria «sin que esa solidaridad y ese lazo afectivo se presuman a partir de un vínculo de consanguinidad o de un vínculo jurídico, sino por el hecho mismo de la comunidad de vida, de los vínculos afectivos y de la solidaridad que se genera»⁶².

En el ámbito de la sucesión intestada y no obstante la variedad de tipologías comprendidas en las relaciones familiares que comentamos, respecto la parentalidad socioafectiva en familias reconstituidas, coincidimos con Vaquer e Ibarz en plantear, al menos como razonable, que «antes que la herencia se defiera al Estado, sea llamado como heredero el hijo/a del cónyuge sobreviviente y a la inversa», pues «Por tenue que sea el vínculo afectivo entre el padrastro o madrastra y el hijastro o hijastra, la sucesión del Estado se produce cuando no hay ni cónyuges ni parientes para evitar que los bienes queden vacantes, y por ello es preferible que suceda quien carece de vínculo de parentesco [legal], pero es más cercano en el hipotético afecto del causante como consecuencia de la convivencia, que no el Estado»⁶³.

Si bien el cuestionamiento que surge es respecto al orden sucesorio en que el hijo/a o el padre/madre de crianza entrarían en la sucesión del otro/a. En su planteamiento, los referidos autores parten del dato legal existente para ser considerado como miembro de la familia, en particular, para ser partícipe en la economía familiar, el que exige convivencia, la que debe ser cualificada contando con una determinada duración evidenciando con ello la existencia de lazos afectivos como los que se dan en la filiación por naturaleza, concluyen su ubicación de manera preferente a los colaterales. Sin embargo, la circunstancia de haber contado con la atribución judicial de la guarda del hijo o hija social menor de edad, seguida de un plazo significativo de convivencia,

61. V. gr. BARBA, V., «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: Nuevos retos», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: La multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 469-493; VAQUER, A. e IBARZ, N., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, 2017, N.º 4, pp. 211-235; ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legítimos y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, 2021, N.º 36, p. (pp. 113-140); ECHEVARRÍA DE RADA, M., «Los nuevos modelos familiares: su incidencia en el derecho de sucesiones», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: La multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 495-513.

62. DUTTO, R., *Socioafectividad y Derechos*, Buenos Aires, 2022, p. 461.

63. VAQUER ALOY, A. e IBARZ LÓPEZ, N., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil* (2017), N.º 4, pp. 227-228.

justificaría la equiparación al hijo/a o progenitor/a ocupando tal lugar en los órdenes sucesorios⁶⁴.

También sobre la base de la convivencia efectiva y la participación del padre o madre socioafectivo en el cuidado y mantención del hijo/a de crianza, Barba distingue en función de si el progenitor/a afín ejerce o ha ejercido sus funciones en base a una situación de hecho o ha sido judicialmente reconocido. Tratándose de una situación fáctica, la existencia de hijos/as del padre o madre socioafectivo impediría que el hijo o hija afín tuviera la consideración de heredero legal, a falta de hijos, ocuparía un lugar sucediendo juntamente con el/la cónyuge o pareja, ascendientes o colaterales, aplicando de igual manera en la sucesión intestada del hijo/a afín, es decir, considera al progenitor social subordinado al progenitor biológico-legal. De tratarse de un progenitor afín reconocido judicialmente, equipara la posición del hijo de crianza a la de hijo/a, correspondiendo así también para la el progenitor afín respecto el padre o madre, tanto en la sucesión intestada como en la forzosa. En este último supuesto y para el caso de contar el hijo/a con dos progenitores, el autor propone dividir la herencia del hijo/a en tres partes iguales, superando con ello la idea de la doble línea en el derecho de sucesiones⁶⁵.

Para los casos en que se propone la incorporación de la filiación socioafectiva dentro de los órdenes sucesorios, cabría preguntarse si tendría lugar el derecho de representación. Considero que la exigencia de una relación estrictamente personal lo excluiría, sin embargo, si se tiene en cuenta el planteamiento de equiparación con la posición de hijo/a, de ser así recogido por la norma, podría corresponder la aplicación de las reglas sucesorias en toda su extensión.

En materia de sucesión testamentaria, de momento, el llamamiento de un hijo/a o padre/madre socioafectivo solo tendría cabida en la parte de que el testador ha podido disponer libremente, siempre que con ello no vulnere las legítimas y mejoras.

Sin embargo, la institución de la legítima ha comenzado a cuestionarse como institución necesaria en el contexto de realidades familiares que, por factores de diversa índole, han superado el modelo tradicional base de la regulación contenida en códigos decimonónicos⁶⁶ y en consideración de la libertad y autonomía del testador. Pudiendo constatar distintas posturas, coincidimos con quienes abogan por una flexibilización

64. *Ibid.*, p. 226.

65. BARBA, V., «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: Nuevos retos», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 487-488; BARBA, V. «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, N.º 3, pp. 197-199.

66. ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, p. 1247.

de la institución⁶⁷, sustentando frente al ámbito estrictamente patrimonial que ha regido la materia la incorporación de factores de índole personal como el de los cuidados⁶⁸, más aún si resulta unido a una relación de contenido familiar socioafectiva.

La relevancia del elemento afectivo en materia sucesoria ha sido planteada desde el vértice inverso, es decir, desde la falta de afecto y deberes de cuidado, en relación con la desheredación, institución fundada en causales taxativamente establecidas por el legislador⁶⁹, supuestos que no consideran la efectividad de la relación afectiva o de cuidado entre el testador y su legitimario, con lo que en una aplicación restrictiva no comprende la situación de un descendiente que no se haya relacionado con el testador/a, habiendo sido asumido su cuidado y asistencia por otro, por ejemplo, por un hijo/a de crianza. Sin embargo, en España, cierta interpretación del Tribunal Supremo dada al artículo 853.2 del Código Civil ha reconocido al maltrato psíquico reiterado contra el causante, imputable al legitimario, como constitutiva de causa de desheredación, dado que «la falta de relación o abandono emocional tiene cabida en ese maltrato psicológico si se acredita que ha sido causa del mismo (STS de 3 de junio de 2014)»⁷⁰.

En regulaciones forales, el Código Civil catalán, como lo ha señalado la doctrina, armonizando «plenamente con el modelo familiar actual, más sustentado en los vínculos afectivos que en los estrictos de parentesco»⁷¹, en el artículo 451-17.2.e) ha incorporado: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario», como causa de desheredación.

Teniendo en cuenta la importancia de la efectividad de la relación familiar y el vínculo afectivo, parecería que su consideración podría encontrar cabida no solo para excluir sino también para reconocer alguna participación en el ámbito sucesorio a la parentalidad socioafectiva. En este sentido, aunque fuera de la tradición de derecho continental,

67. ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, 2021, N.º 36, p. 132.

68. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *InDret*, 2023, 3, p. 400; GARCÍA RUBIO, M., «Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, pp. 479-504.

69. Artículo 848 ss. Código Civil español; Artículo 1207 ss. Código Civil chileno.

70. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *InDret*, 2023, 3, p. 399; ECHEVARRÍA DE RADA, M., «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicancias sucesorias», *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. X, N.º 3, p. 405.

71. FARNÓS AMORÓS, E., «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, p. 462.

mencionar el derecho sucesorio inglés que, no obstante establecer la libertad de testar, en la *Inheritance Act* ha contemplado la posibilidad de ordenar vía judicial una asignación en favor de quienes indica, entre los que se encuentran «v) aquellas personas que hayan recibido el trato de hijos de la familia»⁷².

72. ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, p. 1259.

5. CONCLUSIONES

La diversidad de configuraciones familiares es una cuestión transversal en nuestras sociedades que impone al derecho la necesidad de repensar las estructuras de familia y filiación recogidas en las normativas tradicionales.

Desde el enfoque contemporáneo de las familias, la presencia en su seno de personas en situación de vulnerabilidad exige una especial consideración de sus prerrogativas, la que adquiere una particular dimensión en el caso de niños, niñas y adolescentes que en el contexto familiar ven involucrados una serie de derechos que les son inherentes, entre otros, el derecho a las vidas familiares, el derecho a la identidad y la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales necesarias para su desarrollo holístico.

La solidaridad familiar se alza como principio troncal no tan solo de la familia unida por nexos biológicos o legales, sino también respecto de las realidades familiares sustentadas en vínculos afectivos permanentes, públicos y recíprocos, contexto en que unido a la responsabilidad que implica asumir funciones parentales en favor de niños, niñas o adolescentes, da fundamento a la generación de ciertos deberes en cabeza de quien ejerce la parentalidad socioafectiva, pudiendo tener también una proyección en materia sucesoria. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, esta conclusión requiere sean introducidas las modificaciones y adecuaciones legales que los establezcan en forma armónica dentro de cada ordenamiento de manera de no restar coherencia a los sistemas.

Hemos podido revisar fórmulas utilizadas en algunas normativas de reciente data, así como ciertas decisiones jurisprudenciales que han debido enfrentar la resolución de casos concretos aun sin contar con normativa interna, no obstante, consideramos que es tarea del legislador el reconocimiento de las diversas realidades familiares, el establecimiento de los requisitos para su consideración y el alcance de las consecuencias jurídicas a su respecto.

Para finalizar y como hemos podido analizar, la parentalidad socioafectiva y la solidaridad familiar sí parecen ser un relato posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Familias reconstituidas y ejercicio de funciones parentales. Una mirada desde las prerrogativas de infancia y adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, pp. 825-865.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «La socio-afectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», *Persona, Familia y Género. Liber amicorum a M. del Carmen Gete Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Barcelona, 2022, pp. 155-168.
- BARBA, V., «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: Nuevos retos», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 469- 493.
- BARBA, V. «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, N.º 3, pp. 157- 206.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2023.
- BIANCA, M., *Diritto Civile, tomo.2, La familia*, 2ª edición, Milán, 1989.
- BLANDINO GARRIDO, M., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 31-51.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N.º 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006, en: <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino7.pdf>, [Consulta: 12 -02-24].
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N.º 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013, en: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990, [Consulta: 12 -02-24].
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N.º 19, La familia, 1990, en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCPCR%2FGEC%2F6620&Lang=es [Consulta: 13-02-24].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002, en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf> [Consulta: 13-02-24].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de

- protección internacional, 2014, en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf [Consulta: 13-02-24].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 24/17, Identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo, 2017, en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_24_esp.pdf [Consulta: 13-02-24].
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, Volumen IV Derecho de Familia Derecho de Sucesiones*, décima edición, Madrid, 2006.
- DUTTO, R., *Socioafectividad y Derechos*, Buenos Aires, 2022.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M., «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicancias sucesorias», *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. X, N.º 3, pp. 1-39.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M., «Los nuevos modelos familiares: su incidencia en el derecho de sucesiones», *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: La multiparentalidad* (directores L. Pérez Gallardo y M. Heras Hernández), Santiago de Chile, 2022, pp. 495-513.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legítimos y solidaridad familiar», *Revista chilena de derecho privado*, 2021, N.º 36, pp. 113-140.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, pp. 451-478.
- GARCÍA RUBIO, M., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coordinadora P. Abad Tejerina), Madrid, 2021, pp. 279-290.
- GARCÍA RUBIO, M., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, N.º 30, pp. 1-20.
- GARCÍA RUBIO, M., «Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, pp. 479-504.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. y SOLE RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación*, 2021, Valencia.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «El derecho del niño a vivir en familia», *Miscelánea Comillas*, vol. 67, N.º 130, 2009, pp. 175-198.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y comercial argentino de octubre de 2014», *Revista de Derecho de Familia*, 2014, N.º 4, vol. IV, pp. 87-103.

- LLOVERAS, N., *Manual de derecho de las familias*, Córdoba, 2016.
- MANTEIGA, D., «Capítulo 7 Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines», *Código Civil y Comercial de la Nación comentado 5-C* (directores M. López Mesa y E. Barreira Delfino), Buenos Aires, 2022, pp. 236-263.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», *InDret*, 2023, 3, pp. 396-429.
- MEZA, M., NICOLÁS, J., UCHUYPUMA, D. y LÓPEZ, Y., «Las familias ensambladas y su tutela constitucional nuevas consideraciones a propósito del caso Medina Menéndez», *Persona y Familia*, 2019, vol. 8, pp. 105-123.
- MIZHARI, M., *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, 2016.
- MONTAGNA, P., «Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales», *Derecho PUCP*, 2016, N.º 77, pp. 219-233.
- MURTULA LAFUENTE, V., «Ser padre o madre va más allá de la biología. Sobre el valor de la socioafectividad en el derecho de filiación y hacia un posible reconocimiento de la multiparentalidad», *Entre persona y familia* (directores J. de Verda y Beamonte y G. Carapezza Figlia), Madrid, 2023, pp. 961-990.
- PARODI, C. y BOBROSKY, J., «Repensando el instituto de la filiación a la luz de la socioafectividad», *Filiación, niñez y género en clave interdisciplinaria* (directora A. Krasnow), Buenos Aires, 2021, pp. 217-254.
- PARRA LUCAN, M., «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, 2009, N.º 13, pp. 481-554.
- PELLEGRINI, M. «Título VII, Responsabilidad Parental», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2015, pp. 479-556.
- PIELLA VILA, A. y URIBE, J., «Parentesco y parentalidad. Introducción al monográfico Escenarios de parentalidad», *Revista de Antropología Iberoamericana*, 2019, vol. 14, N.º 3, pp. 375-388.
- RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, tomo II, Santiago de Chile, 2003.
- RIVERO DE ARHANCET, M. y RAMOS, B., «Principios aplicables en las relaciones de familia», *Revista de derecho Universidad Católica del Uruguay*, 2009, N.º 4, pp. 243-263.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Una revolución jurídica silenciosa. ¿Filiación? ¿Qué es eso?», *Familia y derecho en la España del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálvez* (coordinadores A. Marín Velarde, A. Cabezuelo Arenas y F. Moreno Mozo), Madrid, 2021, pp. 781-802.

ROCA TRÍAS, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», *Estudios de Derecho de Sucesiones* (directores A. Domínguez Luelmo y M. García Rubio), Madrid, 2014, pp. 1245-1266.

SABORIDO SANCHEZ, P., «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *Código Civil comentado*, vol. 3 (directores A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Madrid, 2016, pp. 1275-1279.

TAMAYO HAYA, S., «El reconocimiento por el derecho de las familias recompuestas», *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 1 (coordinadores R. Herrera Campos y M. Barrientos Ruiz), Almería, 2011, pp. 147-162.

VAQUER, A. e IBARZ, N., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, 2017, N.º 4, pp. 211-235.

Jurisprudencia

Sentencia, 3 de junio de 2020, SL3919-2020, Corte Suprema de Justicia de Colombia, en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/cartilladef/DSS/SL1939-2020.pdf> [Consulta: 26-02-2024].

Sentencia, 1 de octubre de 2018, EXP N.º 01204-2017-PA/TC, Tribunal Constitucional de Perú, en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-01204-2017-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf, [Consulta: 26-02-2024].

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018.

Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012.

Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso *C.A.B. vs. España*, sentencia de 10 de abril de 2012.

Caso *Kozak vs. Polonia*, sentencia de 2 de marzo de 2010.

Caso *Kroon y otros vs. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994.

SOCIOAFECTIVIDAD Y NUEVAS CONFIGURACIONES FAMILIARES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FAMILIAS DE ACOGIDAS*

ISABELLA BRAVO PÉREZ

Abogada (Chile)

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre las familias de acogida en Chile y su regulación, instando a una revisión de la misma, teniendo presente para ello la existencia de nuevas categorías jurídicas conceptuales como la socioafectividad, la cual abre caminos frente a un sistema de filiación de características biologicista y dual. Socioafectividad que emana del proceso de reconocimiento a la diversidad familiar, y al posicionamiento del individuo y su dignidad como centro focal del derecho de familias.

PALABRAS CLAVE

Socioafectividad, diversidad familiar, interés superior del niño, identidad, familias de acogidas.

* Fecha de recepción: 23-02-2024. Fecha de aceptación: 30-05-2024.

SOCIOAFFECTIVITY AND NEW FAMILY CONFIGURATIONS: AN APPROACH FROM THE HOST FAMILIES

ABSTRACT

This paper deals with foster families in Chile as a projection of socioaffectivity seen as a conceptual legal category that allows to open diverse paths in front of a filiation system of biologicist and dual characteristics. Socioaffectivity emanating from the process of recognition of family diversity and the positioning of the individual and his or her dignity as the focal point of family law.

KEYWORDS

Socioaffectivity, family diversity, best interests of the child, identity, foster families.

SUMARIO

1. Introducción	87
2. Diversidad familiar.....	88
3. Diversidad familiar y socioafectividad.....	94
4. Proyección de la socioafectividad. Especial referencia a las familias de acogida.....	98
5. Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	108

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios que acontecen en la sociedad influyen en las personas y sus relaciones de familia, dichos cambios son permanentes y rápidos superando el ritmo de la ley.

El derecho describía y reglamentaba hace muy poco tiempo una específica familia basada en el vínculo matrimonial, de características heterosexual, patriarcal y biologicista, eludiendo la existencia de otras formas de convivencia.

Sin embargo, esta cosmovisión legal en los últimos tiempos se ha visto alterada con nuevas prácticas, representaciones y discursos socialmente aceptados sobre la familia, lo femenino, lo masculino, la maternidad y la paternidad.

Dentro de este cuestionamiento surgen nuevas categorías jurídicas conceptuales como es la socioafectividad –el afecto expresado en lo social– comienza a abrir caminos cuando determina la existencia de vínculos jurídicos entre personas, especialmente en las relaciones paterno/materno filial. No podemos negar que el afecto siempre ha estado presente aun cuando no tenga un regulación sistemática y armónica en nuestro sistema civil; ello lo visualizamos en instituciones de larga trayectoria histórica, como son la adopción y la posesión notoria del estado civil de hijo; pero también en las modernas formas de generar vida como las técnicas de reproducción humana asistida.

Una proyección del afecto y sus consecuencias jurídicas se encuentran en los casos de niños, niñas y adolescentes que han sido privados o separados de su familia de origen por haber sufrido graves vulneraciones a sus derechos debiendo adoptarse respecto de ellos medidas de protección destinadas a resguardar su derecho a vivir en familia a través de un proceso de acogimiento.

En dichos contextos por el transcurso del tiempo, y no obstante la temporalidad jurídica de las medidas, se generan lazos afectivos entre el niño, niña y adolescente con sus guardadores, quienes han sido sus figuras significativas por un extenso periodo, no existiendo normas en el sistema civil chileno que recoja opciones frente a las consecuencias emanadas de dicho afecto, así, una vez que culmina el acogimiento, los niños, niñas y adolescentes deben ser privados de sus tutores de resiliencia, lo que incide en su derecho a la identidad en su faz dinámica y a su interés superior.

2. DIVERSIDAD FAMILIAR

La familia, institución de muchos siglos que prácticamente ha acompañado a los seres humanos en su evolución, ha tenido profundas modificaciones en su estructura y composición. Así, podemos afirmar que históricamente la familia con mayor reconocimiento es la sustentada en vínculo matrimonial, de características jerárquica, patrimonialista y heterosexual, con raigambre conservadora y de una fuerte influencia cristiana; en este sentido la religión predica que el matrimonio es indisoluble, debiendo la pareja atender al designio *creced y sean multiplicados hasta que la muerte os separe*; aun cuando, en la realidad social este nunca fue el único modelo de familia¹.

El alejamiento entre el Estado y la Iglesia –fenómeno llamado laicización– sustrajo del matrimonio la aureola de la sacralidad y rompió el formato patriarcal de la familia, incidiendo en este cambio diversos factores, tales como: el movimiento feminista (al retirar la idea de pureza que envolvía a la mujer), los métodos contraceptivos que permitieron otorgar un control a la natalidad y, sobre todo, el proceso de despertar de los derechos humanos, al predicarse la libertad, la igualdad del individuo y la dignidad humana como los valores más fundamentales de la sociedad.

Por otra parte, la evolución de la ingeniería genética provocó una verdadera revolución en materia de filiación. Para la concepción de un hijo/a dejó de ser necesaria la relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Realizada en laboratorios, se multiplica el número de personas involucradas, de manera que todas ellas pueden establecer un vínculo de filiación con el hijo/a concebido de esa manera.

Con todos estos ingredientes, la sociedad cambió de apariencia, haciendo eco en las estructuras de convivencia un verdadero mosaico de la diversidad, un nido de comunión de vida, cuya vocación es la realización personal de cada uno de sus miembros, el

1. Como sea que se valore el cambio suscitado en la apreciación pública de la familia, tras el diseño de las políticas públicas aplicadas en las últimas dos décadas y que jurídicamente se manifiesta en el derecho de familias, se debe reconocer una evolución desde una concepción predominantemente social y marcadamente institucional sobre la familia hacia una mirada preponderantemente enfocada en el sujeto individual que la constituye y sus circunstancias afectivas. Esta evolución ha dejado atrás una imagen institucionalizada de la familia, erigida sobre la base del matrimonio, ordenada jerárquicamente y dirigida a la consecución de fines propios de la comunidad familiar, siendo estos valorados y priorizados socialmente, sustituyéndola por una concepción de base contractual, cuya tipología no es necesariamente matrimonial, que tiende a la igualdad de sus integrantes y que sitúa muchas veces en un lugar secundario los intereses familiares comunitarios, los que son sustituidos cuando no alentados por la estructura social. Cabe destacar, sin embargo, que la transición entre el modelo jerárquico y el modelo asociativo de familia no implicó necesariamente la sustitución inmediata de uno por otro, sino que mantuvieron ambos modelos expresiones coincidentes en un mismo período (DEL PICO RUBIO, J., «Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno», *Revista Ius et Praxis*, 2011, 17, N.º 1, p. 5).

respeto al otro y a la protección de las individualidades en el colectivo familiar², el amor se hizo líquido y el afecto pasó a ser el elemento de identificación de las relaciones familiares, no más sujetos a modelos establecidos con anterioridad.

Según el proceso descrito, la multiplicidad de configuraciones familiares adquirió visibilidad y aceptación. Las uniones antes apreciadas como marginales ganaron reconocimiento social, lo que condujo a la ampliación del concepto de familia; como bien apunta la profesora Sillero Crovetto:

«en nuestro entorno social observamos formas distintas y nuevas de satisfacer necesidades afectivas, construir intimidad y transitar por la vida. Esto ha provocado que se haya redefinido los roles tradicionales de los miembros de la familia, en la exploración de nacientes formas de convivencia surgidas a partir de la autonomía de la voluntad familiar, en la búsqueda de nuevos modelos que ya conviven orgullosos con la familia clásica, constituyendo igualmente un espacio natural de afectos»³;

o como sostienen las profesoras Gete-Alonso y Calera y Solé:

«la constatación de que tanto la sociedad como la norma admitan y reconozcan formas de convivencia estables distintas del modelo heterosexual matrimonial, ha propiciado lo que se ha venido a denominar como 'nuevas' formas porque no están recogidas en el ordenamiento jurídico, pero que existen y se practican. Se trata de distintas maneras de generar vida humana que se apartan de los cánones oficiales, para las que no existe un modelo específico de determinación de la filiación oficial. De hecho, la novedad del método o manera de acceder a la maternidad o paternidad, legalmente no está considerada y, cuando lo está no siempre acaba de satisfacer los intereses en juego»⁴.

A nivel normativo el reconocimiento de la existencia de diversas constelaciones familiares surge y se entrelaza con el levantamiento de principios jurídicos, como son el de solidaridad familiar e interés superior del niño, aunado al posicionamiento del individuo y su dignidad como eje central en la entidad familiar, al surgimiento de nuevas formas de parentesco, de modo tal que la familia se erige como una estructura ampliada.

Como sostiene Rodrigo Da Cunha Pereira: «la familia dejó de ser un núcleo económico y de reproducción para ser un espacio de afecto. Se transformo en una estructuración psíquica en la cual cada miembro ocupa un lugar, una función»⁵; en la misma línea la profesora Kemelmajer de Carlucci señala que «hablar de familias en plural supone

2. FARIAS, C y ROSENVALD, N., *Curso de Direito Civil: Famílias*, JuPodivm, 2021, vol. 6ª edición p. 89.

3. SILLERO CROVETTO, B., *Persona, familia y protección de la infancia*, Olejnik, 2019, p. 129.

4. GETE-ALONSO Y CALERA, M y SOLÉ, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 13.

5. DA CUNHA PEREIRA, R., *Direito Das Famílias*, Gen/Forense, 2021, 2ª edición, p. 35.

aceptar la tesis según la cual las sociedades humanas han conocido y conocen múltiples modelos de familia y, en principio, no hay razón para creer que el modelo jurídico de la tradición mencionada debe ser tenido como 'más' natural que otros que se presentan en la realidad social»⁶.

La familia se configura hoy como un espacio en donde se inicia la sociabilización cultural y política, así como la apertura hacia los niveles públicos de sus integrantes; es ella como forma elemental de creación y mantenimiento de los vínculos íntimos y afectivos la que asume, en gran parte, una función específica de revelación de las identidades latentes, es por esta razón, y a pesar de las apariencias y de los discursos pesimistas, que ha tenido una relevancia no vista en el pasado, y es que gracias a las relaciones entre cónyuges (o equivalentes), entre adultos muy cercanos, o entre progenitores e hijos, que la familia crea un ambiente para que el «yo» pueda realizarse en su triple búsqueda: el descubrimiento de sus fuentes ocultas, la unidad y la estabilidad⁷.

Por lo expuesto es que esta autora siguiendo a Méndez Trujillo y Monzón Méndez entiende a la familia como un fenómeno que transfigura según el lugar y el momento donde se desarrolla encontrándose en constante transformación debido a factores de índole económica, política y social. De ahí que en ella se enraízan las normas de educación y formación de sus miembros, pues atiende a las necesidades de estos, se forma desde la constitución de la pareja hasta la procreación de los hijos o hijas, momento en que se crea una compleja red de relaciones e intercambios mutuos⁸; siendo el primer contexto que percibimos al inicio de la existencia, a través de la cual configuramos la dimensión colectiva de nuestra personalidad. En este sentido, es un lugar de construcción determinante para la formación de los sujetos titulares de derechos; moldeadora de sujetos libres y autónomos o de conciencias sumisas y autoritarias según el modelo de orientación cumpliendo la función de mediador de la persona en la sociedad⁹.

La jurisprudencia internacional, por su parte, ha hecho eco de lo señalado precedentemente caracterizando el concepto de familia en base a la diversidad, como destaca la profesora Basset: «en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha desarrollado un concepto amplio de familia, en efecto, la Corte no brinda un concepto único de familia; sino que se abre a la pluralidad: así, con las especiales características

6. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina». *El nuevo Derecho de familia-visión doctrinal y jurisprudencial*, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pp. 101-131.

7. DE SINGLY, F., *El yo, la pareja y la familia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2016, p. 29.

8. MENDEZ TRUJILLO, I y MONZÓN MÉNDEZ, L., «Socioafectividad e interés superior del niño, niña y adolescente. Una mirada de protección constitucional ante la pluralidad familiar», *Desafíos actuales del Derecho Privado* (editores I. Martínez Montenegro y J. Casazola Clama), Santiago, 2023, p. 91.

9. BERNAL, J., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa Editorial, 2017, p. 23.

de la familia indígena, respecto a la orientación sexual de los progenitores, sumando una perspectiva abierta a la preservación de los vínculos con la familia de origen en relación con niñas, niños y adolescentes adoptados»¹⁰.

El artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y el núcleo fundamental de la sociedad, no indica la Convención a qué tipo o tipos de familia se refiere, por ello, aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, debemos entender que la Convención resguarda una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición.

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica: «el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho. [...] El artículo 17 (4) de la CADH es la 'aplicación concreta' del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio del artículo 24. Al respecto debe tenerse especial cuidado, en la legislación nacional, de no establecer regulaciones que puedan ser restrictivas para familias monoparentales u otras y, especialmente, para aquellas encabezadas por mujeres en condiciones de pobreza»¹¹.

En esta misma línea el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la observación general N.º 19 párr. 2, observa que «el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el art. 23.

Por consiguiente, en sus informes, los Estados partes deberán exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieren diversos conceptos de familia dentro

10. BASSET, U., «Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho (Ucudal)*, 2018, 2ª época, N.º 17, p. 13.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso *María Eugenia Morales contra Guatemala*, Informe Final. 3. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto, señalando que: «Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos. La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos, y los Estados Partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar». Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N.º 28, 29 de marzo de 2000.

de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados parte deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros»¹².

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ensanchó el concepto de vida familiar contenido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, más allá de la unión matrimonial en favor de las relaciones convivenciales, dejando también de lado criterios fundados en la orientación sexual de sus miembros y extendiéndolo a situaciones de no convivencia entre los progenitores y sus hijos, a los efectos de favorecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes al goce de una vida familiar plena¹³¹⁴, lo que se visualiza en las sentencias *Johnston y otros vs. Irlanda*¹⁵ y *Van der Heijden vs. Países Bajos*¹⁶, en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que la noción de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos «familiares» *de facto* cuando las partes viven juntas fuera del matrimonio.

En el caso de Chile es oportuno resaltar la sentencia dictada en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*¹⁷, al momento de condenar a nuestro país por vulneración al derecho a la familia y la vida privada, la Corte fundamentó que el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos está estrechamente vinculado con la protección a la

12. NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, observación general 19, 39° periodo de sesiones (1990), «Artículo 23-La familia», p. 17.

13. SIMOES DE ALMEIDA, S., «El concepto de vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2009, N.° 12, p. 23.

14. En definitiva, la interpretación «abierta» que los tribunales han hecho de la vida privada —en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al art. 8 del Convenio— ha posibilitado acomodar el concepto a la evolución de la sociedad, haciéndolo efectivo y útil. «(...) la noción de “vida privada” en el sentido del art. 8 de la Convención es un concepto amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos (...), el derecho de “desarrollo personal” (...) o el derecho a la libre determinación como tal (...). Abarca elementos como nombres (...), la identificación de género, la orientación sexual y la vida sexual, que entran en el ámbito personal protegido por el art. 8 (...), y el derecho a que se respete tanto las decisiones de tener y no tener un niño (...)». Sentencia de 22 de enero de 2008, asunto *E.B. vs. Francia*, p. 43).

15. *Affaire Johnston et Autres vs. Irlande*, requerimiento N.° 9697/82, 18 de diciembre de 1986, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-62066%22%5D%7D>.

16. *Case Van Der Heijden vs. The Netherlands*, aplicación N.° 42857/05, 3 de abril de 2012, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110188%22%5D%7D>.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparación y costas), disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

familia como derecho, reconociendo en el artículo 17 la obligación que pesa sobre los Estados de disponer y ejecutar directamente medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, indistintamente de la estructura que los lazos afectivos hayan generado.

Así, la separación de niños y niñas de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño o niña de su familia proceden solo si están debidamente justificadas. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo.

Como ya se ha señalado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el concepto de «familia» en términos amplios, respecto, por ejemplo, a los casos de parejas de diferente sexo, indicando reiteradamente que:

«la noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar»¹⁸.

En la consagración a la diversidad familiar subyace un foco que se posiciona en el individuo, y no en los bienes o cosas que componen la relación familiar. La familia-institución fue sustituida por la familia-instrumento, es decir, existe y contribuye tanto al desarrollo de la personalidad de sus miembros como al crecimiento y formación de la propia sociedad; justificando así su protección por parte del Estado¹⁹.

18. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

19. BERENICE DÍAS, M., «Manual de derecho de familias», *Revista dos Tribunais*, 2010, 5ª edición, p. 42.

3. DIVERSIDAD FAMILIAR Y SOCIOAFECTIVIDAD

El reconocimiento a la diversidad familiar entre otras dinámicas ha dado surgimiento al derecho contemporáneo de la familia permitiendo que surjan a su alero nuevas categorías jurídicas conceptuales elaboradas progresivamente por la doctrina y la jurisprudencia, de países geográficamente cercanos al nuestro, tales como Cuba, Brasil y Argentina²⁰; estas categorías conceptuales han sido una de las formas en que el derecho ha debido acompañarse a fin de otorgar protección legal ya no solo a las relaciones jurídicas constituidas bajo un único modelo familiar, sino que también a la «pluralidad de las familias», lo que justifica una protección acorde con las transformaciones contemporáneas tanto de la familia como de la individualidad de sus miembros²¹.

Dentro de dichas categorías conceptuales²² surge la noción de filiación socioafectiva, parentalidad socioafectiva o en términos más generales socioafectividad, la cual resulta según lo sostenido por la profesora María Berenice Días de la libre voluntad de asumir

20. La jurisprudencia brasileña cuenta con algunos fallos muy resonados en los que la decisión se fundó en la socioafectividad por sobre cualquier otro principio legal. Nos referimos, por ejemplo, al caso de un tribunal de Pernambuco en la Resolución N.º 09/2013, de fecha 2 de diciembre de 2013. Aquí se autorizó la paternidad socioafectiva de personas que ya se encuentran registradas sin paternidad establecida, ante el Oficial del Registro Civil de las Personas Naturales del Estado de Pernambuco. Es decir, se corre hacia un costado el dato o la existencia de nexo biológico como causa fuente del reconocimiento, permitiéndose también la voluntad de ser padre, sobre la base específicamente de la socioafectividad. En Argentina cabe destacar el desarrollo de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2022), cuya Comisión N.º 7 sobre «La socioafectividad y la incidencia en el interés superior del niños, niñas y adolescentes» alcanzó un total de nueve conclusiones en la materia. En el caso de Cuba podemos indicar que uno de los títulos más revolucionarios en el Código de las Familias cubano es el dedicado al derecho filiatorio y a las relaciones parentales que de aquel derivan; por muchas razones, entre ellas por el reconocimiento explícito de la presencia en la realidad familiar cubana de múltiples vínculos procedentes de diversas fuentes, sea genética, gestacional, biológica, socioafectiva, matrimonial, convivencial o adoptiva, que merecen su consagración jurídica y que coloca en franca crisis la –en apariencia– inalterable ecuación mágica del binarismo filial, tan omnipresente en el derecho familiar (ÁLVAREZ-TABÍO, A.M., «La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad», en *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores, PÉREZ, L. y HERAS, M.), ediciones Olejnik, 2022, p. 423.

21. ARENCIBIA FLEITAS, Y., «Notas teóricas-legales acerca de la construcción jurídica de la multiparentalidad, a propósito del Código de las Familias cubano», *Scietia iuridica* (directores, J. R. de Verda y Beamonte y G. Carapezza Figlia), Madrid, 2023, p. 829.

22. La socioafectividad como categoría jurídica resalta de la transfiguración de hechos de carácter sicosocial en hechos jurídicos generadores de efectos jurídicos que se expresan en múltiples circunstancias. «En tanto (...) elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo (...), y aplicada a las relaciones en el ámbito del derecho filiatorio significa sentirse y ser tratado como hija o hijo y obtener la legítima aspiración de su reconocimiento como una verdad que ya existe, de una parentalidad que se vive y se siente y que, más allá de que armonice o no con la biológica, debe prevalecer al estar amparada en los elementos que componen la vida social del ser humano:

funciones parentales, identificándose el vínculo de parentesco a favor de quien el hijo o hija considera ser su padre o madre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar; lo que se puede dar no solamente en la filiación biológica, sino también en aquella que depende de la voluntad, como es el caso de la adopción²³; o como señala Sanjuan al sostener que la socioafectividad es el reconocimiento jurídico de vínculos fácticos de cuidado, determinados por el transcurso del tiempo y por la existencia del afecto, aun cuando entre las personas involucradas no exista relación filial de parentesco²⁴.

La noción de socioafectividad desde su grafología emana de la conjunción de dos vocablos –social y afectivo– siendo la relación que surge entre dos personas que sin ser parientes se comportan entre ellas a modo y semejanza generando consecuencias jurídicas. La autora Valeska Medina establece como ejemplo de socioafectividad el vínculo que puede generarse entre el hijo de una familia nuclear con una figura paterna o materna no consanguínea, cuya fuente principalmente es la convivencia, el amor y el afecto que surge naturalmente en la temprana edad de este niño, que, además, perdura en el tiempo²⁵.

En cuanto al origen de esta categoría conceptual, la misma ha surgido de la jurisprudencia y la doctrina. Así, encontramos los casos tratados en los estados de California, Delaware y el Distrito de Columbia en Estados Unidos, en el año 2012²⁶; y posteriormente en el año 2016 por medio de la jurisprudencia brasileña, siendo pioneros en establecer a la socioafectividad como elemento necesario de las relaciones familiares basadas en el deseo y la voluntad de las personas que, con el tiempo y la convivencia, afirman y reafirman los vínculos afectivos trascendiendo el aspecto normativo; en este punto cabe resaltar lo señalado por el autor brasileño Paulo Lobo: «no toda paternidad o maternidad resulta de la consanguineidad, ya que, la legislación brasileña garantiza la igualdad de derechos y deberes del padre o la madre que asumió voluntariamente el estado de filiación en los casos de adopción, reproducción asistida con semen de otro hombre autorizado por el marido y posesión de estado de un hijo. Actualmente la filiación no es un simple dato de la naturaleza, sino una construcción jurídica que tiene en cuenta

el afecto, la solidaridad y la interrelación (LLOVERAS, N., «Relaciones familiares en general», *Manual de derecho de las familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*, 2016, p. 63).

23. BERENICE DÍAS, M., «Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales», *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES*, 2009, N.º 13, p. 83.

24. SANJUAN, A., «La socioafectividad como elemento jurídicamente relevante», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Argentina, 2022, p. 114.

25. MEDINA MILLAMÁN, V., «Socioafectividad y su impacto en las acciones de filiación en Chile», *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2023, N.º 53, pp. 147-170.

26. El Senado aprobó en el año 2012 un proyecto de ley que admitió la posibilidad de establecer vínculo filial con dos o más personas: la Ley 1746. Posteriormente, en el 2014, se promulgó la Ley de Derecho de Familia: paternidad, custodia y manutención de los hijos, del estado de California.

diversos factores sociales y afectivos reconfigurados como derechos y deberes, en interés preferencial del niño. Se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales el entendimiento de que la filiación afectiva no puede ser objeto de impugnación, cuando se prueba la posesión del estado de filiación, no pudiendo prevalecer el origen biológico, el cual no ha estado acompañado de una convivencia familiar duradera»²⁷; o como sostiene la profesora Kemelmajer de Carlucci: «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 los lazos biológicos o genéticos...»²⁸.

Como se indicó en las primeras líneas de este trabajo, el modelo de familia ideal era la de conformación nuclear, caracterizada por la existencia de una pareja heterosexual monogámica y sus descendientes, y en la cual la sexualidad, la procreación y la convivencia coincidían en el espacio privado de un hogar conformado en el momento de la unión matrimonial. Esta imagen de familia obstruyó y ocultó fenómenos muy significativos; ya que siempre existieron alternativas de organización de los vínculos familiares, otras formas de convivencia, otras sexualidades y otras maneras de llevar adelante los métodos de la procreación y la reproducción; y es dentro de la historiografía de la vida cotidiana sustentada en la diversidad en donde converge la socioafectividad como pilar de construcción.

La socioafectividad constituye el nudo gordiano que hay que cortar para intentar desentrañar nuevos posibles rumbos que necesariamente van a interpelar el régimen legal. Así como en su momento fue un punto de inflexión muy fuerte para las relaciones de familia colocar en tela de juicio el rol «natural» de la maternidad y la consecuente «materialización de las mujeres», hoy la parentalidad socioafectiva cuestiona incluso el dogma binario en materia de filiación y, junto con ello, la posibilidad que los roles de cuidados puedan recaer en más de dos personas. Como sostienen Herrera y Gil Domínguez:

«el amor quiere hacerse derecho, no para mudar su naturaleza, sino para dotarse de un medio que le consienta alcanzar su plenitud. Cuando se habla de derecho de amor no se pretende con ello otorgar una legitimación que no necesita porque la encuentra en sí mismo. Significa descubrir un modo de delimitar lo que es propio del amor, enfrentándolo con otras palabras que expresan negación u oposición: discriminación, desigualdad, abuso, desprecio, egoísmo individual y social. Por el contrario, el amor evoca otras palabras tales como: reciprocidad, igualdad, respeto, solidaridad, las cuales acercan y no espantan, no cavan fosas a su alrededor. Estas

27. LÔBO, P., «Socioafectividad: o estado da arte no direito de família brasileiro», *RJLB*, 2015, N.º 1, p. 1743.

28. KEMELMAJER DE CARLUCCI, K; «Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino», *La Ley*, Argentina, 2014, p. 6.

palabras, se introducen en las instituciones llegando a convertirse en un componente ineludibles de ellas»²⁹.

Es por ello que el afecto y el respeto y construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven sin duda para fomentar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser el elemento genético para tener la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento de vínculo paterno/materno-filial en un verdadero proceso de construcción de la paternidad o maternidad en un sentido más amplio, donde lo afectivo es efectivo.

29. HERRERA-GIL DOMÍNGUEZ, «Derecho constitucional de las familias y triple filiación», *Llonline*, AR/DOC/650/2020.

4. PROYECCIÓN DE LA SOCIOAFECTIVIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS FAMILIAS DE ACOGIDA

Respecto a la forma en que se proyecta la parentalidad socioafectiva podemos señalar que esta ha de provenir necesariamente de una declaración de quien pretende ser considerado progenitor. No cabe que entre en juego ninguna presunción legal para la fijación de este tipo de filiación. A través de la declaración, se manifiesta una voluntad de considerar como hijo o hija a otra persona con la que existen relaciones de afecto. Así, como el reconocimiento constituye en el caso de los hijos/hijas no matrimoniales una declaración de ciencia o una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica (en orden a que el contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo/a sobre el que recae el reconocimiento), la instauración por su parte del parentesco socioafectivo se sustenta en una declaración de voluntad orientada a establecer legalmente la relación jurídica entre progenitor e hijo/a.

Es pertinente señalar entonces que mientras en el reconocimiento se visualiza la existencia de un acto jurídico voluntario, en cuya virtud, el padre declara que una persona es su hijo/a, al margen de que la relación sea más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que se pretenda asumir, la declaración de voluntad de quien pretende entablar una relación filial socioafectiva se fundamenta precisamente en el afecto, elemento clave en el que se sustenta esta filiación. Por ello, como sostiene la profesora Blandino, la filiación socioafectiva debe construirse y fundarse en una relación de afecto estable, mantenida en el tiempo, entre el declarante y la persona declarada hijo/a, debiendo ser un acto unilateral, solemne, puro y simple³⁰.

A pesar de la relevancia de la socioafectividad descrita *ut supra*, nuestro Código Civil de tradición romana-germánica no reconoce a la socioafectividad en el marco de las relaciones paterno/materno-filial, no existe un tratamiento de la misma a nivel omnicompreensivo; frente a dicho escenario se puede llegar a concluir que carece de relevancia, sin embargo, la omisión de dicha regulación a criterio de esta autora no implica que no tenga trascendencia o no esté presente en un conjunto de instituciones de larga trayectoria histórica, como son: la adopción, la posesión de estado civil de hijo, la figura del progenitor afín, o en la filiación emanada de las técnicas de reproducción humana asistida.

Respecto a la posesión de estado, esta se utilizó históricamente para proyectar consecuencias jurídicas ante la inexistencia del título que acreditase una determinada relación de familia, la realidad afectiva representada por la posesión de estado corre en una vía paralela al título de estado y en el infinito se pueden encontrar cuando en

30. BLANDINO GARRIDO M., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores Leonardo Pérez Gallardo y María del Mar Heras Hernández), Editorial Olejnik, Chile, 2022, p. 44.

el juicio, que vendría a ser el punto impropio de la geometría, se prueban la convivencia, el afecto y el trato, y el emplazamiento que se obtiene con la sentencia, en este caso el afecto consolidado en el tiempo prevalecerá cumpliendo los requisitos legales incluso sobre la prueba de carácter biológico.

En el caso del progenitor afín entendido como tales al cónyuge o a la pareja de hecho afectiva que convive con quien tiene a su cargo la guarda y el cuidado del niño, niña o adolescente como consecuencia de la formación de familias reconstituidas o ensambladas, su rol es proyectado de manera multidimensional incluyendo la regulación de sus responsabilidades y obligaciones, la posibilidad de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, y la alternativa de la filiación, dentro de la enumeración de circunstancias que justifican aplicar un determinado estatus jurídico al progenitor afín, encontramos el vínculo afectivo significativo con el niño, niña y adolescente, y la convivencia estable entre los miembros de la familia reconstituida.

En lo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida la socioafectividad se entrelaza con la noción de voluntad procreacional, verdadera fuente de filiación en dichas técnicas, lo que no obsta a que existan dinámicas familiares en donde se pueda reconocer derechos a una tercera persona; ejemplo, el dador de material genético quien no solo desea entregar dicho material sino que también constituir una familia (pluriparental), basada en los lazos de afecto que puedan existir en la dinámica familiar.

Es así como la socioafectividad impregna diversas instituciones en el ámbito civil, principalmente en las relaciones verticales, y es que en lo social siempre han existido manifestaciones del afecto aun cuando al derecho le fuera en cierto grado ajeno, por ello que la socioafectividad se levanta hoy como un tópico que interpela en buena medida al sistema jurídico, por configurarse como una categoría jurídica conceptual que rebasa la noción tradicional de familia y el dogma *biologicista*, superando incluso el paradigma binario «dos y solo dos», generando consecuencias jurídicas que se proyecta en derechos esenciales de las personas como la identidad en su faz dinámica, y en el caso de niños, niñas y adolescentes además con su interés superior.

Para los efectos de este trabajo, una de las instituciones donde es factible visualizar la proyección del afecto es en los casos de niños, niñas y adolescentes que deben ser separados de sus familias de origen, por constatarse una grave vulneración de sus derechos debiendo disponer su inserción temporaria en una familia que asume su cuidado y protección; son las denominadas Familias de Acogidas (en adelante FAE), las cuales se regulan en Chile por las leyes sobre Tribunales de Familia N.° 19.968, Ley de Menores N.° 16.618 y Ley N.° 20.032 (que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención).

El artículo 4 3.1 letra e) de la Ley 20.032 señala: «Programas de Familias de Acogida: dirigido a proporcionar al niño, niña y adolescente vulnerable en sus derechos un medio familiar donde residir, mediante familias de acogida»; por su parte, la letra c) del Art. 71 de la Ley 19.968 establece dentro del catálogo de medidas cautelares especiales que

se pueden decretar por parte de los jueces incluso antes del proceso (a petición de parte, de terceros o bien de oficio) la ubicación de niños, niñas y adolescentes en una familia de acogida con la finalidad de interrumpir la situación de vulneración que puedan estar viviendo.

Conforme al principio de temporalidad de las medidas de protección, su plazo máximo de duración es de 90 días, después de los cuales debe revisarse su permanencia, modificación o cesación.

En cuanto al Programa de Familias de Acogida (FAE), cabe señalar que el Servicio de Protección Especializada «Mejor Niñez»³¹ cuenta con dos tipos. En primer lugar, aquellos que dependen del Servicio de Protección Especializada orientados a recibir a niños y niñas entre los 0 y 6 años, otorgándoles un hogar transitorio, son los denominados Programa de Familia de Acogida de Administración Directa (FAE-AADD).

Junto con ellos están los programas FAE que son administrados por organismos colaboradores, lo que se encuentran en todas las regiones del país y atienden a niños, niñas y adolescentes de entre 0 y 17 años, denominados Programas de Familia de Acogida Especializada (FAE-PRO). Estas familias pueden ser *extensas* (cuando provienen de la red familiar del niño o niña, parientes por consanguinidad o afinidad, como, por ejemplo, tíos o abuelos); *externas* (cuando acogen a niños y niñas y no tienen parentesco

31. Ley N.° 21.302. Artículo 1. – Creación del Servicio. Créase el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en adelante el «Servicio», como un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. El Servicio estará sujeto a la fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez, de conformidad a lo dispuesto en esta ley, y formará parte del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. El Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N.° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N.° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, garantizará el cumplimiento de las normas que rigen la labor del Servicio y los colaboradores acreditados. Al efecto, y especialmente, deberá fiscalizar que la transferencia de los aportes financieros a estas entidades se realice una vez que se acredite el cumplimiento de los principios rectores del Servicio y estándares técnicos y de calidad establecidos en esta ley, en la ley N.° 20.032 y en el reglamento que al efecto dictará el Ministerio de Desarrollo Social y Familia conforme al artículo 3 ter de la Ley 20.530, para entender que los servicios han sido correcta, oportuna y efectivamente prestados; que no existan reclamos no resueltos sobre la atención realizada a los niños, niñas y adolescentes; y que las mismas hayan dado cabal cumplimiento a la restitución del daño y los perjuicios ocasionados a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de vulneraciones de sus derechos fundamentales estando a su cuidado o con ocasión de las prestaciones realizadas. Para el cumplimiento de la función establecida en el inciso anterior respecto del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, este último deberá contar con los recursos para ejercer la fiscalización, tanto a nivel nacional como regional. El Servicio estará afecto al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en el título VI de la Ley N.° 19.882, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica, sin perjuicio de las normas especiales que se establezcan en la presente ley. El Servicio tendrá su domicilio en la ciudad de Santiago.

con ellos), o *familias de urgencia* (si ofrecen una atención inmediata mientras se encuentra a la familia de acogida que los recibirá por un plazo más amplio).

El objetivo de las familias de acogida es entregar una alternativa al niño, niña y adolescente gravemente vulnerado en sus derechos para que se mantengan insertos dentro de un grupo familiar evitando con ello su reinserción en el sistema residencial; en este sentido, la Convención Internacional de los Derechos del Niño señala explícitamente que: «frente a situaciones de vulnerabilidad o vulneración de derechos, la intervención más adecuada es aquella que consigue que, con el apoyo necesario y utilizando sus propios recursos, sea la propia familia la encargada de superar una crisis familiar. Sin embargo, cuando esto no es posible, la opción prioritaria debe ser asegurar a los niños, niñas y adolescentes su derecho a vivir en un entorno familiar, mientras se busca una alternativa definitiva»³².

Desde el punto de vista legal la permanencia de un niño, niña y/o adolescente bajo los cuidados de una familia de acogida debe ser temporal, lo que no se condice en muchos casos con la realidad, generándose vínculos afectivos, psicológicos y sociales que hacen mucho más difícil e incluso pernicioso el proceso de reinserción con la familia de origen o la adoptiva³³; escenario respecto del cual el sistema jurídico chileno no entrega respuestas acorde al interés superior del niño, niña y/o adolescente.

Sobre el particular cabe destacar un estudio realizado en septiembre del 2019 por UNICEF el cual revela que el acogimiento familiar en Chile ha sido un recurso históricamente presente dentro de la sociedad, sin embargo, no existe un marco regulatorio adecuado, a pesar de que en noviembre del año 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas dio la bienvenida a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños³⁴, las que representaron un avance significativo para millones de niños, niñas y adolescentes que viven sin cuidados parentales en el mundo entero.

Lamentablemente en Chile aún el cuidado residencial sigue siendo la alternativa más utilizada para dar respuesta a situaciones de vulneraciones graves de derechos, destacándose que recién en el año 2005 se dictó la Ley N.º 20.032 que establece un reconocimiento a las familias de acogida.

32. Es necesario resaltar que la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece en sus artículos 5, 18, 19, 20 y 27 el derecho prioritario de un NNA a vivir en familia debiendo propenderse por todos los Estados al fortalecimiento de esta, de modo tal que los NNA reciban los cuidados adecuados velando por su debida protección y asistencia.

33. RODRIGUEZ, M. I., «Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar», *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (coordinadoras Morales, M. y Mendoza, P), Santiago, Chile, 2020, p. 280.

34. El 20 de noviembre de 2009, para conmemorar el 20 aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), la Asamblea General de Naciones Unidas dio la bienvenida formal a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños.

En la realidad social se presentan un conjunto de situaciones en donde la permanencia de niños, niñas y adolescentes bajo acogimiento familiar se extiende mucho más en el tiempo, siendo *recluidos* a muy temprana edad por un grupo familiar, constituyéndose dichos adultos en sus referentes afectivos y de resiliencia; y después de permanecer años bajo dicha modalidad deben ser entregados a una tercera familia por medio de un proceso de adopción o retornar con su familia de origen, sin existir, como hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico respuesta que permita dar continuidad a los vínculos afectivos creados por medio del acogimiento, lo que implica la separación del niño, niña y adolescente de sus referentes con todas las consecuencias biopsicosociales que ello implica en su desarrollo vital.

Sobre el particular resulta relevante resaltar los postulados de Bowlby: «la calidad de la relación de un niño o una niña con su madre en los primeros años de vida determina el futuro bienestar de ese niño; los niños que no desarrollan un apego hacia su madre (o un referente significativo y afectivo) a esa edad correrán un serio riesgo psicológico cuando crezcan. Los niños pueden tener apego hacia uno o varios individuos concretos, normalmente en un orden claro de preferencia, y cuanto más interactúa una persona con un niño pequeño, mayores probabilidades hay de que el niño tenga apego hacia esa persona. Así, quien está más implicado en cuidar al niño se convertirá en la principal figura de apego, y el niño acudirá a los demás solo cuando la principal figura de apego no esté presente»³⁵.

En la misma línea Barudy precisa que las relaciones existentes entre los sujetos que componen una familia están determinadas por la finalidad de existir, mantenerse y reproducirse en cuanto sistema vivo. Una parte importante de la energía, los recursos y las interacciones de los sujetos que componen la familia se destinará a asegurar los cuidados y la protección de la vida del conjunto. Para los niños y niñas este proceso es vital, porque necesitan cuidados durante un largo periodo. Para lograr esto, los diferentes miembros de una familia deben sentirse y reconocerse como parte de un mismo cuerpo, con el objeto de que el bienestar de cada uno sea un proceso natural generado por el trabajo de todos. Los vínculos deben ser de tal cualidad que aseguren una vivencia emocional permanente, expresada en comportamientos y discursos que consideren a cada miembro de la familia como otro legítimo, en un proceso de coexistencia permanente³⁶.

A pesar de la relevancia de los vínculos afectivos que emanan en los casos de acogimiento familiar, en Chile no existe la posibilidad de que los guardadores de hecho puedan optar a un proceso de adopción, ni tampoco a un régimen de contacto, lo que ha generado

35. GOLOMBOK, S., *Modelos de familia, ¿qué es lo que verdad cuenta?*, colección Familia y Educación, 2006, p. 118.

36. BARUDY, J., *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Paidós Terapia Familiar, 2019, p. 54.

situaciones complejas relativas a la permanencia o no de forma definitiva en la vida de los niños, niñas y adolescentes de sus guardadores.

Sobre lo señalado cabe recordar en Chile el caso del carabinero Juan Luis Paredes y su pareja Joselyn Bahamondes³⁷, quienes recibieron como guardadores a una niña a los 10 meses, el caso produjo una gran polémica a nivel nacional cuando el carabinero huyó con la niña ante la posibilidad de ser entregada a otra familia para su adopción después de 20 meses bajo su cuidado, en este caso, se tuvo que realizar un extenso juicio contencioso de cuidado personal para lograr inhabilitar a los padres biológicos y legales de la niña con el objetivo de que la custodia quedara con los guardadores, situación que podría haberse evitado si el sistema jurídico contemplara un reconocimiento a la socioafectividad como fuente creadora de vínculos jurídicos entre un adulto y un niño, niña y adolescente.

Comprendemos que la imposibilidad de otorgar la adopción a los guardadores de hecho como en el caso planteado genera una pugna entre el derecho de las personas que pretenden adoptar a someterse a un régimen con determinadas reglas (inscribirse en un registro especial de personas que desean adoptar) *versus* el derecho de quienes tienen a un niño/a de ver respetado el vínculo afectivo que se fortalece con el paso del tiempo y que incide directamente en su identidad e interés superior³⁸.

Esta lógica que tiende a la falta de regulación y en algunos casos a una expresa prohibición obedece a la necesidad de evitar situaciones de tráfico de niños/as en donde la vulnerabilidad de los progenitores biológicos, especialmente la mujer, puede conducir a su intención de entregar a su hijo/a de forma directa y específica a ciertas personas que incluso no tengan vínculo de parentesco con ella; o que se desvirtue la naturaleza temporal del acogimiento. Sin embargo, esta regla general de carácter prohibitivo frente al nacimiento de afectos con reconocimiento social nos lleva a preguntarnos: ¿acaso todas las guardas de hecho son entregas directas?, ¿todos los casos encierran motivos y fines ilícitos que vulneran los derechos de niños, niñas y adolescentes y su familia de origen?

La complejidad de la realidad y la protección de los derechos humanos de acuerdo a las particularidades de cada caso nos indican que las respuestas a estas interrogantes son por la negativa; en efecto, en el caso del acogimiento familiar su establecimiento será necesariamente previo control judicial, siendo estrictamente supervisadas mediante los organismos públicos respectivos quienes deben trabajar tanto con la familia de origen como la guardadora en la reparación del daño producido por las vulneraciones

37. Ver la noticia en: <https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2018/12/23/la-batalla-de-los-guardadores-que-quieren-quedarse-con-sus-ninos.html>.

38. HERRERA, M., MOLINA DE JUAN, M., y SALITURI AMEZCUA, M., «El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando forma y fondo se encuentran», en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado sobre derecho de niñas, niños y adolescentes*, 2ª edición, Thomson Reuters, Argentina, 2021, t. II, p. 823.

de derecho como en el fortalecimiento de sus competencias parentales. Por ende, es difícil que se pueda generar casos con fines ilícitos.

Si bien la norma no permite la entrega con fines de adopción a terceros guardadores, no podemos negar el impacto de la socioafectividad en la vida familiar, por lo menos a tenor de lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N.º 7 sobre «Realización de los derechos del niño en la primera infancia», al precisar que «la familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acorde con los derechos y el interés superior de los niños».

Sobre el cruce entre guardas de hecho, acogimiento familiar y socioafectividad, es interesante rescatar los trabajos doctrinarios³⁹ y la jurisprudencia elaborada en Argentina al momento de interpretar el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁰, el cual prohíbe expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Agregando que su transgresión habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. Concordantemente, establece que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

En efecto, la doctrina ha señalado que el entramado legal de los artículos 611 y siguientes no permite atender a la socioafectividad en las relaciones familiares, dado que no reconoce aquellas situaciones de hecho nacidas, transitadas y signadas por los afectos que hace a la identidad dinámica de las personas, en este punto destacan que la redacción del Anteproyecto fue modificada de manera sustancial: se eliminó en forma total la excepción a la separación judicial del niño fundada en la existencia de un vínculo afectivo entre los progenitores y los pretendidos guardadores. Esta excepción era

39. Véase http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_herrera.php.

40. Artículo 611: «queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción».

recomendada por los redactores como modo de atender a la socioafectividad y de respetar las relaciones familiares fundadas en este, a la luz del interés superior del niño.

Sin embargo, la norma finalmente sancionada prohíbe, como se ha señalado, la entrega en guarda mediante cualquier tipo de acto –instrumento privado, escritura pública, acto administrativo– y, en consecuencia, no convalida las «delegaciones de guarda» dirigidas a una futura adopción y sustentadas en el principio de autonomía personal de los progenitores –mayormente, la progenitora–. El estandarte de mantener a ultranza los lazos sanguíneos olvida en algunos supuestos el interés superior concreto de un niño, niña y adolescente y no pocas veces implica que deba transitar por una medida que debería ser transitoria, provisional, y excepcional convirtiéndose en los hechos en una permanencia extensa en un grupo familiar; como sostienen las profesoras Videtta y Salituri: «el impacto de la socioafectividad en la materia es central y no puede dejar de ser considerado si realmente queremos llegar a resoluciones justas».

La socioafectividad puede darse entre distintas personas y en diversos momentos, tanto en las relaciones previas de afecto entre las personas adultas –progenitores biológicos y guardadores– como los vínculos que a lo largo del tiempo se van desarrollando entre el/la niño, niña y adolescente y sus guardadores de hecho. En esta lógica se ha observado que toda decisión jurisdiccional que recaiga en un supuesto de guarda de hecho o situación irregular en la que se encuentre inmerso un niño, niña y adolescente debe contemplar su interés superior en el caso concreto y no en abstracto, situación que nos lleva a ponderar inevitablemente el componente afectivo y el tiempo como factor que contribuye a la consolidación de esos vínculos, por lo menos de esa forma lo ha entendido la doctrina⁴¹.

Por su parte la jurisprudencia de Argentina ha reparado sobre el particular al entender que: «la solución que plantea el artículo 611 del Código Civil y Comercial resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el cuerpo normativo. Lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica como claramente se ha dado en algunos supuestos y por ello de adoptarse una postura rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño»⁴².

Un caso planteado en el país hermano versó sobre una niña con una trayectoria signada por sucesivas institucionalizaciones y prolongado tiempo en ausencia de cuidados

41. VITTOLA, L. y RICCA, G., «Socioafectividad y guardas de hecho: la respuesta que brinda la jurisprudencia», disponible en: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-7-familia>.

42. JNciv. N.º 8, 15-07-2016 «L.G.M. s/ Control de legalidad. Ley 26.061», disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC-JUZ-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>.

familiares a raíz de situaciones de «altísimo riesgo psicofísico». En este contexto, la niña inicia una vinculación con un matrimonio de referentes voluntarios de la institución en la que se encontraba, generándose un vínculo afectivo gradual, a través de compartir salidas, fiestas navideñas, viajes y noches de pernocte en la vivienda del matrimonio.

Finalmente, estos solicitaron judicialmente la guarda de la niña, alegando el fuerte vínculo que se había generado con ella durante el transcurso del tiempo; resalta la sentencia al momento de pronunciarse sobre el caso el impacto innegable de estas relaciones de afecto en la identidad de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo que la socioafectividad involucra: a) la relación afectiva previa y verídica o genuina entre la familia de origen y los guardadores y b) el vínculo afectivo, fuerte, contundente, del niño o niña con los guardadores. Lo cual reclama soluciones legales que, en la actualidad, no existen.

Como hemos venido sosteniendo en el curso de este trabajo, en Chile no existe norma jurídica que regule la situación de las familias de acogida y los vínculos que pueden surgir entre los guardadores y el niño, niña y adolescente, solamente se contemplan directrices internas emanadas del Servicio de Protección Especializada en orden a establecer los requisitos para ser familia de acogida y los estándares que deben cumplir los organismos colaboradores al momento de realizar el proceso de intervención con el grupo familiar.

La falta de una norma clara en la materia implica que llegado el momento la familia de acogida deberá desistirse de los cuidados del niño o niña para retornarlo a la familia de origen o entregarlo a una adoptiva, sin que exista ninguna posibilidad de entablar acción para mantener un régimen de contacto con el niño, niña y adolescente, simplemente «desaparece» la familia que lo sostuvo en su seno por años.

Atendida la relevancia de lo expuesto es que la propuesta pasa por reconocer a la socioafectividad como categoría jurídica conceptual cuya incidencia está en abrir caminos más flexibles sobre la distribución de la responsabilidad parental y sus facultades, derechos y obligaciones, de modo tal que el niño, niña y adolescente no se vea obligado a tener que elegir entre dos familias.

5. CONCLUSIONES

La socioafectividad se erige hoy en día como una categoría jurídica conceptual de amplia trascendencia en las distintas relaciones familiares, sean estas de carácter horizontal y/o vertical. Así, en el ámbito de las relaciones paterno-materno filial desafía al sistema históricamente consolidado basado en la biología y el dogma dual, abriendo espacios en la realidad familiar más allá de la consanguineidad, lo que se proyecta en instituciones como la adopción, la posesión de estado civil de hijo, el progenitor afín, y para efectos de este trabajo en el acogimiento familiar.

En efecto, la permanencia de un niño, niña y/o adolescente bajo los cuidados de unos guardadores como medida de protección ante vulneraciones de derecho genera en la realidad afectos que trascienden su historia vital incidiendo directamente en su derecho a la identidad y a su interés superior, en este escenario la socioafectividad como categoría jurídica conceptual aplicada en un caso concreto permitiría ampliar el espectro y generar espacios de flexibilización, diversificación, difracción y distribución de los derechos y obligaciones que contiene la responsabilidad parental entre la familia de acogida, la de origen y/o la adoptiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, S., «El concepto de vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2009, N.º 12, p. 23.
- ARENCIBIA FLEITAS, Y., «Notas teóricas-legales acerca de la construcción jurídica de la multiparentalidad, a propósito del Código de las Familias cubano», *scietia iuridica*, 2023, Madrid, p. 829.
- BARUDY, J., *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Barcelona, España, 2019. p. 54.
- BASSET, U., «Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho (Ucudal)*, 2018, N.º 17, p. 13.
- BERENICE DÍAS, M., *Manual de derecho de familias*, Brasil, 2010, p. 42.
- BERNAL, J., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, México, 2017, p. 23.
- BLANDINO, M.A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, 2022, Santiago, Chile, p. 44.
- DEL PICO RUBIO, J., «Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno», *Revista Ius et Praxis*, 2011, N.º 1, p. 5.
- DE SINGLY, F., *El yo, la pareja y la familia*, Madrid, España, 2016, p. 29.
- FARIAS, C. y ROSENVALD, N., *Curso de Direito Civil: Familias*, Salvador, 2021, p. 89.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. y SOLÉ, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y paternidad*, Valencia, 2021, p. 13.
- GOLOMBOK, S., *Modelos de familia, ¿qué es lo que verdad cuenta?*, colección Familia y Educación, 2006, Barcelona, pp. 118-199.
- HERRERA, M., MOLINA DE JUAN, M. y SALITURI AMEZCUA, M., «El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando forma y fondo se encuentran», *Tratado sobre derecho de niñas, niños y adolescentes*. T. II, 2021, Buenos Aires, p. 823.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina», *El nuevo Derecho de familia-visión doctrinal y jurisprudencial*, 2010, pp. 101-131.
- MEDINA, V., «Socioafectividad y su impacto en las acciones de filiación en Chile», *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N.º 253, 2023, p. 150.

MÉNDEZ TRUJILLO, I. y MONZÓN MÉNDEZ, L., «Socioafectividad e interés superior del niño, niña y adolescente. Una mirada de protección constitucional ante la pluralidad familiar», *Desafíos actuales del Derecho Privado*, 2023, p. 91.

PEREIRA, R., *Direito Das Familias*, Rio de Janeiro, 2021, p. 35.

RODRÍGUEZ, M. I., «Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar»; *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Chile, 2020, p. 280.

SILLERO CROVETTO, B., *Persona, familia y protección de la infancia*, Santiago de Chile, 2019, p. 129.

Leyes

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de los Derechos del Niño

Ley que Dicta Normas Sobre Adopción de Menores N.° 19.620.

Ley de Menores N.° 16.618

Ley que Crea los Tribunales de Familia N.° 19.968.

Ley que Regula el Régimen de Aportes Financieros del Estado a los Colaboradores Acreditados N.° 20.032

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina Ley N.° 26.994.

Jurisprudencia

Caso *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, caso N.° 11.625- informe N.° 4/01-4 de abril de 2001.

Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PERSPECTIVAS DE RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA SOLIDARIDAD FAMILIAR*¹

M^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO
Prof. titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid, España

RESUMEN

La gestación subrogada sigue generando polémica en todos los países que la prohíben o que no tienen una regulación clara sobre ella. Es el caso de España y Chile, cuyos ciudadanos utilizan esta técnica desde países permisivos, aun con la inseguridad jurídica del reconocimiento de efectos en su país. Es necesario, por tanto, aclarar los efectos jurídicos reales que producen el uso de la autonomía de la voluntad en materia de gestación subrogada en España y Chile, y su posible legalización en torno al principio de solidaridad familiar.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, efectos jurídicos, inseguridad jurídica, necesidad de regulación clara, autonomía de la voluntad y solidaridad familiar.

* Fecha de recepción: 13-02-2024. Fecha de aceptación: 13-05-2024.

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación, Referencia PID2019-104226GB-I00, «HACIA UNA REVISIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR: ANÁLISIS DE SU ALCANCE Y LÍMITES ACTUALES Y FUTUROS», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

PROSPECTS OF RECOGNITION IN SPANISH AND CHILEAN LAW OF SURROGACY IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF AUTONOMY OF WILL AND FAMILY SOLIDARITY

ABSTRACT

Surrogacy continues to generate controversy in all countries that prohibit it or do not have a clear regulation on it. This is the case of Spain and Chile, whose citizens use this technique from permissive countries, even with the legal uncertainty of the recognition of effects in their country, therefore, it is necessary to clarify the real legal effects produced by the use of the autonomy of the will in the matter of surrogacy in Spain and Chile, and its possible legalization around the principle of family solidarity.

KEYWORDS

Surrogacy, legal effects, legal uncertainty, need for clear regulation, autonomy of will and family solidarity.

SUMARIO

1. Introducción	113
2. La autonomía de la voluntad en el contrato de gestación subrogada.....	115
2.1. La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada en España por el Grupo Parlamentario Ciudadanos 16 de julio de 2019 y 30 de marzo de 2023	116
2.2. Proyecto de Ley sobre Gestación subrogada, propuesta en Chile por el Partido por la Democracia, 29 de noviembre de 2017 y moción del Senado del 25 de septiembre de 2018.....	118
3. Principios fundamentales	120
3.1. Prevalencia del interés superior del menor	120
3.2. Protección de los derechos de la mujer gestante	124
3.3. Altruismo y solidaridad familiar	126
4, Perspectivas de futuro de regulación de la gestación subrogada en España .	128
5. Desarrollo actual de la legislación chilena sobre gestación subrogada.....	131
5.1. Diferentes Proyectos de Ley	131
5.2. Moción del Senado de 25 de septiembre de 2018, sobre Gestación Subrogada. Boletín n ^º 12.106-07	132
6. Conclusiones.....	138
Bibliografía.....	140

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la gestación subrogada, gestación por sustitución, vientres de alquiler, incluso en su denominación, es un tema controvertido, sus implicaciones sociales, éticas, políticas y jurídicas están haciendo difícil un cambio en la normativa de muchos países, entre ellos España y Chile.

Sin embargo, el problema está sobre la mesa, porque la situación de menores nacidos con la técnica de la gestación subrogada debe ser protegida y amparada, dotando de seguridad jurídica a sus derechos.

La cuestión consiste en determinar cómo se protegen sus derechos, porque, dependiendo del principio en el que nos basemos, se harán primar unos intereses u otros.

Enfrentarse a este tema supone analizar la cuestión teniendo en cuenta los intereses protegidos de todas las partes implicadas.

No es fácil tratar este tema sin que surjan dudas y vacilaciones, fruto de debates internos, pero lo que sí queda claro es la necesidad de dotar de seguridad jurídica la situación de los menores afectados por esta situación, por lo que el principal principio a tener en cuenta es el de interés superior del menor.

Desde esta perspectiva, la siguiente pregunta que se plantea tampoco es fácil de responder: ¿cuál es el interés principal del menor a proteger? ¿Su origen biológico y la determinación de su filiación en base a él, o su «origen de intención» y la determinación de la filiación en favor de los padres de intención?

Por otro lado, también surge la pregunta de cuál es el nivel de interacción del principio del interés superior del menor con el principio de la autonomía de la voluntad y la protección de los derechos de la mujer gestante y los derechos de los padres de intención, y si es posible legislar teniendo en cuenta la posibilidad de incluir el principio de solidaridad familiar como fundamento de la gestación subrogada altruista.

Desde estas dudas y consideraciones nos encontramos con una situación jurídica muy similar en España y Chile, porque, aunque la normativa no es idéntica, sí es muy parecida, ya que en ambas legislaciones no se permite la técnica de la gestación subrogada, pero existen proyectos de ley en Chile y proposiciones de ley en España a favor de su regulación permisiva, y en ambos países se producen casos de inscripciones de filiación en el Registro Civil a favor de los padres de intención.

Si profundizamos en los efectos y consecuencias jurídicas en España de los contratos de gestación subrogada, realizados por españoles en países permisivos, respecto del reconocimiento de filiación e inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos por esta técnica, y se relacionan con diferentes sistemas de derecho comparado, resulta obvia la contradicción que aparece cuando en el ordenamiento jurídico se declara nulo el contrato de gestación subrogada pero se permite en el Registro Civil la inscripción de filiación de los nacidos por esta técnica a favor de los padres de intención.

La novedad más actual que se propone en España y Chile es la visión de esta práctica desde la realización altruista de la gestación, introduciendo el principio de solidaridad familiar, que permite la posibilidad de gestación por mujeres del entorno familiar, que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, se ofrezcan de forma gratuita a gestar a favor de personas de su familia.

Es la nueva visión que se ha intentado introducir en España, sin éxito, en las proposiciones de ley que el Grupo Parlamentario Ciudadanos ha presentado en el Congreso de los Diputados.

Es una postura parecida a la mantenida en Chile, que, aunque en su primer Proyecto de 2017 (29 de noviembre) presentado por el Partido por la Democracia (PPD) no admite la posibilidad de parentesco de la mujer gestante y los padres de intención, sí la reconoce más tarde en la moción del Senado al Proyecto de Ley de 25 de septiembre de 2018, sobre Gestación Subrogada. Boletín n^º 12.106-07.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

Aunque en España se ha de partir de la base de la nulidad del contrato de gestación subrogada, tal y como se dispone en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la relación jurídica establecida entre las partes implicadas sí ha llegado a tener efectos reconocidos, sobre todo en el momento de reconocimiento de la filiación de los nacidos por esta técnica, en el Registro Civil, a favor de los padres de intención.

Ello provoca el desplazamiento de los ciudadanos a países que permiten y reconocen la gestación subrogada y efectos de filiación a favor de los padres de intención, y emiten resoluciones judiciales susceptibles de ser reconocidas en los países de origen de los padres de intención.

De este modo, se conseguiría la inscripción de la filiación del nacido en el Registro Civil del país de los padres de intención, al permitirse la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras de determinación de filiación, tal y como se ha manifestado en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en España, aunque se ha manifestado en contra el Tribunal Supremo español (SSTS de 6 de febrero de 2014² y 31 de marzo de 2022³) al entender que ello vulnera el orden público español y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, de los que España es parte⁴.

No obstante, tanto en España como en Chile, y países de Hispanoamérica, son muchas las voces a favor del reconocimiento de efectos al contrato de gestación subrogada, alegando la defensa del principio de autonomía de voluntad de la mujer gestante y su libertad y capacidad para decidir sobre su propio cuerpo, siempre que la gestación se realice de forma altruista y solidaria, y no implique ningún tipo de mercantilización, ni respecto de la mujer gestante, ni del menor nacido con esta técnica.

De hecho, se ha manifestado que

«gran parte del problema que supone la aceptación de esta práctica, en la mayoría de los casos, está relacionado con la violación de los derechos y la explotación económica de las mujeres gestantes. En este contexto, se discute si los individuos son completamente libres de decidir sobre su propio cuerpo para hacer uso de él,

2. STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/833).

3. STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022/1190).

4. Artículo 35 Convención de los Derechos del niño: «Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma». Se define la venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución».

incluso cuando esto supone la posibilidad de sacar alguna ganancia económica con su venta o renta. Para algunos autores, no se puede ignorar que en todo esto podría estar, de manera subyacente, un tipo de mercantilización del cuerpo humano, pues las mujeres que participan de la gestación por sustitución, como madres sustitutas, disponen de su cuerpo para —en la mayoría de los casos— obtener una compensación o ganancia económica que les posibilite el ingreso de una suma determinada de dinero»⁵.

Sin embargo, en contra del argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se esgrime que «tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer. Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y la trata injustamente. Con base en lo anterior, parece que la única salida para evitar la situación consiste en realizar determinadas comprobaciones, como, por ejemplo: no conllevar un interés económico o tener su base en un vínculo afectivo de las partes»⁶.

Por tanto, «se trata de analizar el tipo de relación existente o que debería existir entre los comitentes o progenitores de intención y la persona gestante, así como las condiciones que deberían rodear el proceso completo para la protección integral de las partes»⁷.

Lo más importante sería permitir que la mujer gestante desarrolle libremente su autonomía de la voluntad, mediante la expresión de un consentimiento libre, voluntario y altruista, mediante una serie de requisitos que garanticen sus derechos fundamentales.

2.1. La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada en España por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, 16 de julio de 2019 y 30 de marzo de 2023⁸

El fundamento de esta proposición, presentada en 2019 y rescatada con el mismo contenido en 2023, resalta una posición totalmente diferente a la del resto de partidos políticos en España, al entender que se debe «facilitar la gestación a favor de los

5. MOTA RODRÍGUEZ, A. Y RUIZ-CANIZALEZ, R., «Gestación por sustitución: libertad y autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Un acercamiento desde la ética y el derecho». *Dixi* 32, julio-diciembre 2020, pp. 1-41. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.02.02>.

6. CURTI, P., «Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II. <http://hdl.handle.net/10486/692470>.

7. BENAVENTE MOREDA, P., «La necesidad de regular la gestación subrogada: relevancia del contrato de gestación por sustitución entre la persona gestante y los padres de intención para la protección de los intereses en juego». *Gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Madrid: Dykinson, 2024, p. 23. http://hdl.handle.net/10486/711130_9296483.pdf

8. 2019: https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.pdf
2023: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-341-1.pdf

subrogantes en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales».

Se defiende expresamente el derecho de la mujer gestante a desarrollar su autonomía de la voluntad en el sentido de decidir libremente sobre su capacidad de gestar y de decidir sobre sus derechos de filiación a favor de los padres de intención. Todo ello mediante un acto de solidaridad, altruista y gratuito, que incluya, incluso, relaciones de parentesco entre la gestante y los padres de intención, que permite el mantenimiento del menor en el seno de la familia biológica.

Esta proposición de ley se divide en varios capítulos que tratan de rellenar todo tipo de situaciones y lagunas que pudieran producirse en el desarrollo de la técnica de la gestación subrogada:

El primero de los capítulos recoge las disposiciones generales, en concreto el objeto y los principios rectores de la ley, las definiciones necesarias, los requisitos de la gestación por sustitución y la naturaleza altruista de la misma.

El segundo capítulo regula los derechos de los cuales son titulares, y los requisitos que deben cumplir, los sujetos intervinientes en el procedimiento de gestación por sustitución, así como el contenido del contrato de gestación y la forma en que debe formalizarse.

El tercer capítulo aborda el proceso de la fecundación y posterior parto, así como la relación de filiación entre el progenitor o progenitores subrogantes y el menor, incluyendo los casos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación.

El cuarto capítulo está reservado a la creación del Registro Nacional de Gestación por sustitución, adscrito al Registro Nacional de Donantes, así como la inscripción en el mismo de las mujeres que libremente deseen participar en la gestación por sustitución.

El quinto capítulo regula las condiciones de funcionamiento que deben reunir los centros y servicios sanitarios para llevar a cabo la gestación por sustitución, incluyendo la obtención de la calificación y autorización necesarias y su inscripción en los registros de centros y actividades.

El sexto capítulo aborda el asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por sustitución, que son competencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

El séptimo y último capítulo se refiere a las infracciones y sanciones de aquellas conductas contrarias a lo establecido en la presente ley.

2.2. Proyecto de Ley sobre Gestación subrogada, propuesto en Chile por el Partido por la Democracia, 29 de noviembre de 2017⁹ y moción del Senado del 25 de septiembre de 2018¹⁰

El motivo de este proyecto se centra en los cambios sociales e ideológicos que se han observado en la población chilena y que deben conducir a futuras decisiones sobre políticas sociales, donde la regulación del llamado «vientre de alquiler» o gestación subrogada debe tratarse al precisar de un marco legal.

Entienden que es necesario afrontar la regulación de esta nueva realidad social y establecer un marco regulatorio mínimo para evitar que haya un mercado, que se convierta en un negocio el encargo de una gestación y se vulneren los derechos de las mujeres, sobre todo considerando las recientes polémicas que se han generado en el mundo respecto de casos de personas que han recurrido al útero subrogado.

En Chile, afrontan la regulación desde el principio del altruismo y la autonomía de la voluntad de la mujer gestante, teniendo en cuenta los derechos de la mujer gestante, y la protección del interés superior del menor.

El objetivo de este proyecto de ley es ampliar los modelos de familia, sin discriminación por sexo u orientación sexual, desde el altruismo y la autonomía de la voluntad de las partes.

El capítulo I, sobre disposiciones generales, presenta el objeto de la ley, definiciones y requisitos, así como sus principios fundamentales: altruismo, dignidad, libertad, solidaridad, igualdad ante la ley o de trato, interés superior del menor.

Se protege, igualmente, el anonimato del proceso de gestación, respecto a la mujer gestante, la identidad de los progenitores subrogantes y los donantes de gametos.

Resulta expresamente prohibido que la mujer gestante tenga vínculo de consanguinidad con los progenitores subrogantes.

El capítulo II se ocupa de establecer los derechos y requisitos de la mujer gestante y de los padres de intención, y los requisitos del contrato de gestación, entre los que se señala la prohibición de celebrarse cuando «exista una relación de subordinación económica de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas».

El tercer capítulo aborda el proceso de la fecundación y posterior parto, así como la relación de filiación entre el progenitor o progenitores subrogantes y el menor, incluyendo los casos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación.

9. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12092&prmBOLETIN=11576-11>.

10. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07>.

Se menciona expresamente que «en ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niña o niños que pudieran nacer».

El cuarto capítulo está reservado a la creación del Registro de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes, así como la inscripción en el mismo de las mujeres que libremente deseen participar en la gestación por sustitución. En él se inscribirán voluntariamente las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y quienes deseen ser progenitores subrogados. Se inscribirán también los contratos de gestación por subrogación.

Esta posición se cambia en la moción del Senado al Proyecto de Ley de 25 de septiembre de 2018, sobre Gestación Subrogada. Boletín N° 12.106-07, basándose en «la urgente necesidad de modificar el código civil para determinar la identidad y, por ende la filiación, de los niños y niñas nacidos en gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, entendiéndose que es solidaria cuando existe vínculo familiar entre las partes».

En este sentido se pretende modificar el Código Civil chileno introduciendo el artículo 183 *bis*, según el cual:

«la gestora subrogante no adquiere por la gestación subrogada derecho alguno de filiación con el niño gestado, sin perjuicio de las relaciones de parentesco generales que le corresponden con él o ella, en el caso que la gestante tenga una relación de parentesco con alguno de los miembros de la pareja. Esto último tiene especial importancia teniendo en consideración aquellos casos en que una madre o una hermana, por ejemplo, consienten en asistir la gestación subrogada del hijo de su hija o de su hermana. En estos casos, el niño o niña deberá crecer al amparo de un tejido de vínculos familiares transparente, ordenado y legalmente reconocido. Es necesario precisar que en este caso estamos frente a un caso de vientre solidario».

3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En materia de gestación subrogada, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en afirmar que en derecho de contratos la autonomía de la voluntad es el principio clave, pero ha de limitarse con otros principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como la defensa del interés superior del menor, el principio de preservar la integridad física y dignidad de los individuos, evitando el comercio en este ámbito¹¹ desde la perspectiva del altruismo y la solidaridad familiar.

3.1. Prevalencia del interés superior del menor

El principal interés a proteger es el bienestar del menor y la salvaguarda de sus derechos. Es una de las líneas argumentales en las que coinciden todas las posturas que se manifiestan sobre el tema.

No puede ser de otro modo, pues es un principio que se contiene en la Constitución española (art. 39 CE) y en la normativa internacional. La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 lo proclama en su art. 3.1, y se defiende en la jurisprudencia nacional e internacional¹².

En España, la protección del interés superior del menor se desarrolla en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, manifestando que, en materia en la que intervengan menores, se debe siempre tener en cuenta la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2).

Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de febrero de 2009 y en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, ha argumentado que una vez que se ha realizado la gestación subrogada en un país extranjero con regulación que lo permite, el interés superior del menor queda protegido en España mediante la inscripción de su filiación a favor de los padres intencionales en el Registro Civil Español.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no está de acuerdo con esta postura y manifiesta su oposición en su sentencia de 6 de febrero de 2014, entendiendo que el reconocimiento de filiación y la inscripción del menor nacido mediante la técnica de la gestación subrogada no respeta el orden público español, al estar prohibida dicha técnica por el ordenamiento jurídico español, ni los intereses del menor.

11. DÍAZ ROMERO, M. R., «Gestación subrogada y solidaridad familiar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2023.

12. Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Sentencia de 13 de marzo de 2017 (núm. 209/2017 de 13 marzo. JUR 2017\79536), Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022/1190) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia de 24 de enero de 2017 (JUR 2017\25806).

En sentencias posteriores, el Alto Tribunal ha seguido manteniendo su oposición al reconocimiento de efectos jurídicos a la gestación subrogada y, en este sentido, la STS de 31 de marzo de 2022¹³ considera que los nacidos mediante esta técnica se tratarían «como simples mercancías» y advierten del peligro que supone no comprobar «la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones».

Esta postura viene a corroborar la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a favor de permitir el mantenimiento y desarrollo de los vínculos entre los padres de intención y el menor, solo cuando existan lazos biológicos y una vida familiar con una duración relevante, para así salvaguardar los derechos del menor a tener una identidad cierta, determinada por una filiación segura, y una integración constante en un núcleo familiar.

En este sentido puede verse la argumentación expresada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (asunto *Mennesson c. Francia*, n.º 65192/11¹⁴; asunto *Labassee c. Francia* n.º 65941/11¹⁵), en las que se aboga por la necesidad de dotar a los niños nacidos por gestación subrogada de certidumbre jurídica respecto de su filiación, máxime si se cumplen los requisitos de filiación biológica por parte del padre de intención, mantenimiento de vida familiar durante un tiempo considerable y se solicita la adopción por el cónyuge.

Sin embargo, en su Sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* –N.º 25358/12–¹⁶) ante la falta de vínculo biológico con los padres de intención y la breve vida familiar con el nacido, que contaba con nueve meses de vida, decidió su entrega a los servicios sociales italianos, denegando la determinación de la filiación y la existencia de suficiente vida familiar.

En esta línea se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la reciente sentencia de 27 de febrero de 2024¹⁷, en un supuesto en el que la demandante de amparo llevaba conviviendo con el menor desde su nacimiento por gestación subrogada con material biológico del marido y había desarrollado vínculos afectivos, educacionales y de cuidado, equivalentes a los que se derivan del vínculo de parentalidad.

La demandante de amparo alega que las resoluciones impugnadas en las que no se le permitía la adopción del menor, no habían tenido en cuenta el principio de interés superior del menor (art. 39 CE).

13. STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022\1190).

14. Caso *Mennesson contra Francia*. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014\176908.

15. Caso *Labassee contra Francia*. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014\176905.

16. Caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*. Sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806.

17. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-6670.

Como en la propia sentencia de este Alto Tribunal se explica: «En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid denegó la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania y la esposa del padre del menor. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de denegación de inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de un menor basado en certificaciones de un registro extranjero, ni tampoco ante una denegación de inscripción de relaciones de filiación declaradas por un tribunal extranjero. El menor figura inscrito en el Registro Civil español como hijo del esposo de la demandante en amparo, y de la gestante. La demandante de amparo promovió la creación del vínculo adoptivo con el menor, utilizando la vía privilegiada que prevé el art. 176.2.2 del Código Civil para el cónyuge o la persona unida por análoga relación de afectividad al progenitor del adoptando.

Como se explica con detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor tras valorar el informe pericial social elaborado por la trabajadora social adscrita al juzgado, que destacaba la estabilidad del núcleo familiar formado por la demandante de amparo y su marido, así como su capacidad para cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor, y verificar que se cumplían los requisitos exigidos por el art. 175, en relación con el art. 176.2.2, del Código Civil, para la adopción, inclusive las preceptivas manifestaciones de voluntad para la constitución del vínculo de adopción por todos los interesados.

En su razonamiento, el juzgado recordaba que el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno derecho de todo contrato de gestación por sustitución. Esa previsión legal impide la inscripción en el Registro Civil español de una filiación basada en ese tipo de contrato por ser contraria al orden público internacional español. No obstante, continuaba el juzgado, a fin de evitar la situación de desprotección de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y reconocer los lazos familiares forjados con los padres de intención, cabe regularizar la situación familiar mediante la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y de figuras tales como la adopción o el acogimiento. Dado que, en el caso analizado, se instaba la adopción del menor y se cumplían todas las exigencias legales para acordarla, el juzgado entendía que procedía acceder a lo pedido a fin de evitar las incertidumbres jurídicas en la vida del menor que se derivarían de la denegación.

Asumiendo un posicionamiento diametralmente opuesto, la Audiencia Provincial de Madrid llegaba a la solución contraria. Tras aceptar los hechos probados en la instancia, entre los que se hallaba que don D.J.R.G. era el padre biológico del menor B.R.K., el tribunal reproducía el contenido del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, señalando que el citado precepto priva de toda eficacia jurídica a los contratos de gestación por sustitución, al tiempo que prevé el régimen de filiación del niño nacido de estos contratos: la filiación materna vendrá determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

El tribunal de apelación continuaba indicando que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, en tanto atentan contra la dignidad de la mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima.

Tras una extensa cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, el tribunal descendía al supuesto de hecho concreto, subrayando que el menor adoptado había nacido de un contrato de gestación por sustitución y que el único documento en el que se fundaba su paternidad biológica era la inscripción en el Registro Civil consular de la Embajada de España en Kiev, donde aparece como padre del menor. Constatando la posibilidad de fraude en la atribución de esa paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución, la Audiencia Provincial de Madrid negaba todo valor jurídico a la filiación paterna establecida, señalando que quedaban «expeditas respecto del presunto padre las vías oportunas para la determinación de la relación biológica». Asimismo, entendía que procedía denegar la adopción pretendida hasta que se hubiera acreditado la paternidad biológica conforme al ordenamiento español.

Finalmente, el tribunal hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que «la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

El tribunal de apelación obviaba así que, conforme al art. 113 del Código Civil, la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el Registro Civil y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). Los asientos registrales de filiación pueden ser rectificadas cuando exista una discordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral, bien conforme a lo previsto en la Ley del Registro Civil, bien en ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación previstas en los arts. 136 y ss. del Código Civil. Sin embargo, en el caso objeto de análisis, no se había ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna, que constaba y consta inscrita en el Registro Civil, de modo que al verter dudas sobre la misma y derivar de esas dudas la denegación de la adopción, la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable.

Adicionalmente, es preciso reseñar que la parca valoración del tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor no satisface el canon de motivación especialmente reforzado que impone nuestra jurisprudencia en los casos en que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada. La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y su padre biológico. Esa afirmación atendía parcialmente a

la realización de uno de los valores y derechos en liza, en tanto permitía al menor seguir disfrutando *de facto* de los vínculos familiares que le unían a la demandante de amparo, al padre y al hijo menor de ambos. Sin embargo, esa afirmación no tenía en cuenta la inseguridad jurídica que rodeaba esos lazos y el impacto de la misma en la construcción de la identidad del menor».

Por todo ello, el Tribunal Constitucional ha apreciado en este caso vulneración del derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE, por la insuficiencia de la argumentación, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la construcción de la identidad del menor (art. 10.1 CE), así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente (art. 39 CE), y tras realizar una ponderación constitucionalmente adecuada de los intereses en litigio y verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la adopción.

Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que el propio artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, indica que «queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales», y que está permitida la adopción por parte de la esposa del padre de intención que aportó sus gametos para la fecundación de la madre gestante, según dispone el artículo 176.2 del Código Civil español¹⁸.

En Chile han sido los tribunales de primera instancia los que han reconocido derechos de filiación a favor de las madres de intención, basándose en normas constitucionales y convencionales contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile. La consideración del interés superior de los menores, su derecho a vivir en su propia familia, así como su derecho a la identidad, fueron determinantes en las decisiones adoptadas¹⁹.

3.2. Protección de los derechos de la mujer gestante

La mayoría de las argumentaciones en contra de la gestación subrogada se centran en la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, entendiendo

18. LASARTE ÁLVAREZ, C., «Reproducción asistida y maternidad subrogada en el derecho español contemporáneo», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021, p. 22.

19. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., RECKZIEGEL, J. y COBOS CAMPOS, A., «La gestación sustituta ante las prestaciones por maternidad. Un estudio comparado entre Brasil, Chile y México», *Revista del Colegio de San Luis*, 2023, p. 13.

Sentencia de 6 de enero de 2018 (madre sustituta era la madre de la comitente). Sentencia de 3 de diciembre de 2018 (la madre sustituta era la mejor amiga de la madre genética). Los padres comitentes fueron los aportantes de los gametos masculinos.

que se ataca su dignidad²⁰ y su derecho de integridad física, psicológica y de intimidad²¹, y que:

«cuesta apelar a la libertad cuando lo que empuja a muchas mujeres a ofrecer sus cuerpos es su vulnerabilidad socioeconómica. Pero también cuesta apelar a la autonomía de las gestantes en la subrogación uterina altruista, pues estas podrían haberse visto impelidas a ofrecerse por presiones familiares, chantajes afectivos o incluso por su propia autocoerción ante el sufrimiento de personas queridas»²².

Por el contrario, quienes defienden esta técnica alegan que no se puede retirar a estas mujeres su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su derecho a ejercer su autonomía de la voluntad de forma libre y consciente, dando su consentimiento cuando lo considere conveniente, respetando los límites indisponibles de ese derecho, al igual que puede disponer de su derecho a la intimidad, permitiendo que se conozcan datos de su identidad cuando lo crea oportuno.

Debe tenerse en cuenta que los derechos de la personalidad se han adaptado a las situaciones sociales y valores de la época y se permite la disponibilidad sobre ellos en los supuestos de donación de sangre, trasplantes de órganos, utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, células, tejidos u órganos humanos para fines de

20. ESTELLÉS PERALTA, P., «Maternidad subrogada; de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud», *Maternidad subrogada la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023, p. 171: «la consideración de la dignidad de todo ser humano merece un trato de respeto a su persona y de rechazo de toda manipulación. No podemos utilizar a los seres humanos, a la mujer o al hijo nacido de estas prácticas como un medio para lograr nuestros fines personales (deseos de paternidad/maternidad o abuelidad)».

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Maternidad subrogada la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 380-386.

21. BARTOLOMÉ TUTOR, A., «Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data», *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº 06, 2018.

Véase también, STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022\1190): «Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre renuncia a cualquier derecho derivado de su maternidad, a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica. Se vulneran sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano».

22. BURGUETE MIGUEL, E., «Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia», *Maternidad subrogada la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 119-123.

investigación biomédica para su posterior aplicación clínica; o el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida que han permitido que parejas estériles o mujeres solas puedan ser madres.

Estas actuaciones tienen límites y requisitos, en aras de la protección de los intereses de las mujeres, como son: voluntariedad, anonimato, altruismo:

- Son actos anónimos, cuyos datos son confidenciales y especialmente protegidos (art. 5 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; art. 5 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; art. 5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).
- Son actos gratuitos (art. 2 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 4 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; art. 5.1 y 3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).
- La emisión del consentimiento ha de ser libre, consciente y expreso por parte de la persona afectada (art. 4 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; arts. 3.1 y 5.4 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

En consecuencia, si la futura regulación tuviera presente y respetara estos requisitos, no debería tener problemas para ser aprobada. Lo esencial es que la capacidad de la gestante se evalúe desde sus circunstancias psicológicas y económico sociales y que la emisión de su consentimiento se realice, previa información idónea, de forma libre y voluntaria²³.

3.3. Altruismo y solidaridad familiar

Las posiciones mayoritarias a favor de la admisión de la gestación subrogada coinciden en defender la necesidad del carácter no lucrativo de la gestación por sustitución, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante.

Esta compensación estaría dirigida a cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los desplazamientos y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, así como a proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el posparto.

23. MARTÍN GARCÍA, M. L., «Maternidad por sustitución desde la perspectiva de la gestante», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021, pp. 40-42.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «¿Gestación subrogada en España? Aspectos de Derecho Civil», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021, pp. 167-168.

La autonomía de la voluntad de la mujer gestante, unida al carácter altruista y no oneroso, puede relacionarse directamente con la posibilidad de incluir, mediante el principio de solidaridad familiar, a los familiares directos de los padres de intención como mujeres gestantes. Los defensores de la gestación subrogada no ven obstáculo a desarrollar la solidaridad en el ámbito familiar, llevando hasta sus últimas consecuencias la empatía con los miembros de la familia que no pueden gestar²⁴.

De esta manera, se respetaría la finalidad expresada por los tribunales europeos de que el nacido siga permaneciendo en la misma familia, conociendo sus orígenes y con datos esenciales relativos al desarrollo de su salud²⁵.

De este modo su derecho de identidad se vería reforzado al conocer su familia origen y mantener sus vínculos familiares, siempre y cuando quede clara la relación de parentesco entre la mujer gestante y los nacidos por gestación subrogada.

La intención es favorecer y proteger la estabilidad emocional del menor y proporcionarle una educación afectiva y emocional que le permita el desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad, sin diferencias por razones de origen.

No obstante, algún sector pone como objeción posibles presiones entre los familiares, riesgos genéticos y posibles conflictos sociales y cognitivos del menor²⁶.

24. SERRANO OCHOA, M. A., «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 129, 2023: El procedimiento para llevar a cabo una gestación solidaria garantista constaría de dos fases. Una primera en la que intervenga un notario, verificando la documentación suscrita y conformadora del expediente previo a la fecundación, y una segunda fase tras el nacimiento, en sede judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, donde se determine la filiación a favor de los comitentes.

25. ÁLVAREZ, N., «Ser gestante para la familia: ¿es posible dar a luz a un nieto o sobrino?. *BABYGEST* <https://babygest.com/es/cuando-la-gestante-es-un-familiar/>, 30/01/2017.

26. *Ibid.*

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Desde el punto de vista ético social, un estudio realizado por los medios de comunicación, a través de una encuesta, refleja un apoyo bastante considerable a la regulación permisiva de la gestación subrogada.

En España, según el sondeo realizado por el diario *El Mundo* en marzo de 2023²⁷, el 58,3% de los españoles está a favor de legislar y legalizar en España la gestación subrogada²⁸.

Un gran avance, dada la postura oficial de los partidos políticos que, a excepción de Ciudadanos han mostrado su opinión desfavorable a la legalización y regulación de la gestación subrogada.

Entre los colectivos sociales, la gestación subrogada no se acepta de forma unánime en el seno del colectivo LGTBI, y las organizaciones feministas mantienen disensiones al respecto. De momento, se muestran oficialmente en contra, argumentando que con ello se mercantiliza el cuerpo de la mujer y vulnera su dignidad²⁹.

Claramente a favor se manifiesta la Asociación de padres por la Gestación Subrogada en España³⁰, estableciendo como sus objetivos:

- Conseguir que sea reconocida la gestación subrogada en España como una práctica legal, sin que sea necesario ir al extranjero a realizarla.
- Conseguir que el Gobierno de España regule la normativa para la inscripción de los niños nacidos mediante gestación subrogada, aceptando los documentos oficiales que expidan las autoridades del país originario del niño, independientemente de que este documento sea una sentencia judicial, o una partida de nacimiento con la apostilla de La Haya. Ningún niño puede quedarse sin ser reconocida su nacionalidad española, y su filiación.

27. Fuente Sigma Dos. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2023/03/29/642418ad21efa071708b4587.html>. Un 58,3% de los españoles está a favor de legalizar la gestación subrogada | El Panel (elmundo.es).

28. Un 28,4% de los encuestados está en contra de esta modalidad reproductiva, una oposición que sólo es mayoritaria entre el electorado de Unidas Podemos. El mayor respaldo llega desde los votantes de Ciudadanos (68,1%) y PP (64,3%), pero también es grande entre los de PSOE (58,9%) y Vox (55,6%).

29. ROMEO ECHEVERRÍA, A., «Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa», *Encrucijadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 18. 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7247550>; <https://tribunafeminista.elplural.com/2017/07/comunicado-del-circulo-estatal-de-feminismos-sobre-gestacion-subrogada/>

30. <https://www.padresporgestacion.org/quienes-somos.php>.

- Conseguir que exista la exigente genética, de modo que dos padres que no puedan aportar ningún material genético, y que precisan de donantes, puedan realizar el proceso, reconociéndoseles como padres del niño, tal como sucede en las adopciones internacionales, en las que, evidentemente, ninguno de los dos padres españoles tiene vinculación genética alguna con el niño adoptado.
- Conseguir que sean legales las prácticas médicas relacionadas con la gestación subrogada, como puede ser el envío de embriones congelados para este fin a otro país.

Desde la perspectiva política, como se ha anticipado, solo se muestra abiertamente a favor el Partido Ciudadanos, con sus propuestas legislativas.

Pero dentro de los miembros del resto de los partidos políticos, acorde con la tendencia social, cada vez son más las opiniones favorables que quieren ser oídas y respaldadas oficialmente. Incluso dentro de las Juventudes Socialistas los jóvenes manifiestan sus argumentos favorables e intentan un cambio de postura entre los dirigentes del partido³¹.

Lo mismo ocurre en determinados sectores del Partido Popular, que están trabajando para lograr la regulación desde la perspectiva altruista y sin remuneración³², y parece que van consiguiendo su objetivo de abrir esta posibilidad entre los dirigentes del partido³³.

Sólo Unidas Podemos se opone frontalmente, con el muro de su interpretación de respeto absoluto de los derechos humanos de las mujeres³⁴ y son más partidarios de la reforma de la normativa de procesos de adopción³⁵.

31. Una veintena de enmiendas defienden que se regule o se debata la gestación subrogada - Una veintena de enmiendas a la ponencia marco que el PSOE debate en su 39 Congreso Federal, proponen regular o al menos abrir el debate sobre la gestación subrogada, en contra de la posición expresada públicamente por el nuevo secretario general, Pedro Sánchez, que se mostró en contra de los vientres de alquiler, «la mal llamada maternidad subrogada», MADRID, 17 Jun. (EUROPA PRESS) <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-veintena-enmiendas-defienden-regule-debata-gestacion-subrogada-20170617154201.html>.

32. La gestación subrogada abre un debate ideológico en el PP, con partidarios y detractores movilizados ante el congreso EUROPA PRESS La exdiputada Lourdes Méndez registra con otros tres exparlamentarios una enmienda contra los «vientres de alquiler» MADRID, 25 Ene. EUROPA PRESS - Miembros del PP partidarios y detractores de la gestación subrogada se están movilizando ante el XVIII Congreso Nacional del partido para captar apoyos en favor de sus tesis. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-gestacion-subrogada-abre-debate-ideologico-pp-partidarios-detractores-movilizados-congreso-20170125182911.html>.

33. <https://www.newtral.es/partidos-politicos-gestacion-subrogada/20230329/>

34. Diario *El País*. https://politica.elpais.com/politica/2018/02/16/actualidad/1518792683_981676.html.

35. POSICIÓN POLÍTICA DE PODEMOS SOBRE LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES: <https://podemos.info/posicion-politica-sobre-explotacion-reproductiva-mujeres/>

En su opinión, esta práctica «vulnera los derechos humanos de las mujeres en nuestro país y en el mundo, al introducir en las leyes del mercado la capacidad reproductiva de la mujer, con el consiguiente riesgo de explotación» y consideran imprescindible que «se ponga fin a la política de hechos consumados para la inscripción de las niñas y los niños nacidos a través de esta práctica, una vulneración legal que se comete a conciencia y se beneficia de una interpretación particular sobre cuál ha de ser el interés superior de las y los menores»³⁶.

La doctrina jurídica se encuentra dividida, pero existen voces doctrinales que siguen apostando por la regulación permisiva para evitar los supuestos de compraventa, el lucro, el posible vicio de consentimiento de la gestante, el fraude de ley cuando se acude a otros Estados menos garantistas que la admiten, y la inseguridad jurídica de los menores cuando su vida privada y familiar, así como su identidad³⁷, depende del reconocimiento o no por nuestras autoridades de la filiación constituida en el extranjero³⁸.

36. <https://podemos.info/postura-podemos-acerca-gestacion-sustitucion/>

37. VELA SÁNCHEZ, A., «El derecho a la identidad en el convenio de gestación por sustitución», Cabezudo Bajo (coord.), *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Dykinson, pp. 343-355.

38. BENAVENTE MOREDA, P., «La necesidad de regular la gestación subrogada: relevancia del contrato de gestación por sustitución entre la persona gestante y los padres de intención para la protección de los intereses en juego». *Gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Madrid: Dykinson, 2024, p. 23.

SERRANO OCHOA, M. A., «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 129, 2023.

JIMÉNEZ BLANCO, P., «Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero», *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301-328.

5. DESARROLLO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA

5.1. Diferentes proyectos de ley

El tema de la gestación subrogada sigue siendo objeto de polémica y debates sociales y jurídicos en Chile. Se ha intentado abordar en diversas ocasiones, a través de la presentación de seis proyectos de ley, que abogan por el desarrollo de normativa de las técnicas de reproducción humana asistida y, entre ellas, de la gestación subrogada³⁹:

De los seis proyectos de ley, tres de ellos están archivados. Estos tenían como objetivo regular en forma integral las técnicas de reproducción asistida, así como las consecuencias jurídicas y éticas que de estos procedimientos se derivan, en especial el proyecto de ley contenido en el Boletín 1026-07. Respecto de los tres proyectos restantes, actualmente en tramitación, estos tratan en particular de resolver los temas que genera la gestación por sustitución.

Sin embargo, lo hacen con distintos objetivos y se fundan en distintas filosofías sobre el problema: uno de ellos plantea su prohibición absoluta incluso con sanción penal (Boletín 6306-07); el otro permite su regulación, pero solo tratándose de una sustitución altruista (Boletín 11576-11) y, finalmente, el tercero plantea resolver el vacío legal sobre la filiación aplicable a los niños que nacen mediante la utilización de la técnica de fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria en una tercera persona (Boletín 12106-07).

39. - Boletín 1026-0711 Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Archivado).

- Boletín 4346-1112 Sobre reproducción humana asistida (Archivado).

- Boletín 4573-1113 Regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Archivado).

- Boletín 6306-0714 Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia).

- Boletín 11576-1115 Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida (Primer trámite constitucional Cámara de Diputados. Comisión de Salud).

- Boletín 12106-0716 Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada. (Primer trámite constitucional Senado. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento).

Véase CIFUENTES, P., GUERRA, P. y CÁCERES, M., «Gestación por sustitución, maternidad subrogada o «vientre de alquiler», Asesoría Técnica parlamentaria, Abril, 2023, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN..https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34180/1/BCN_Gestacion_por_sustitucion_2023FINAL.pdf

5.2. Moción del Senado de 25 de septiembre de 2018, sobre Gestación Subrogada. Boletín N° 12.106-07

Es esta última moción del Senado de 25 de septiembre de 2018, sobre Gestación Subrogada. Boletín N° 12.106-07. Se intenta modificar el Código Civil, para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada⁴⁰.

Esta moción se presentó por los senadores señoras Rincón y Provoste, y señores Harboe y Pizarro, ante «la urgente necesidad de modificar el código civil para determinar la identidad y, por ende la filiación, de los niños y niñas nacidos en gestación subrogada, ya sea solidaria o por encargo, entendiéndose que es solidaria cuando existe vínculo familiar entre las partes, con entera independencia del juicio que a cada legislador merezca la práctica de la técnica de fertilización asistida, de fertilización in vitro, con transferencia embrionaria en una tercera persona».

Entienden que debe priorizarse el interés superior del menor, incluyendo «el derecho a la identidad de los niños y el derecho a vivir y a ser criado por su familia».

Parecen, por tanto, estar más abiertos a admitir la relación de parentesco familiar entre la mujer gestante y los padres de intención, desarrollando el principio de solidaridad familiar y autonomía de la voluntad.

De esta forma, se respetan los derechos fundamentales de la mujer gestante, al promover únicamente el pacto de gestación libre, voluntaria, altruista, no oneroso, con la única retribución de los gastos de gestación, para evitar los «objetos de comercio» ilícitos. Se impide así la consideración de objeto tanto respecto del cuerpo de la mujer que gesta a la criatura como de los hijos nacidos de esa gestación; «muy por el contrario, lo que se busca amparar es la vida y las nuevas familias que están surgiendo gracias a la voluntad procreacional de parejas que no obstante padecer una inviabilidad uterina o biológica deciden constituir familia y pueden hacerlo gracias a un acto de generosidad humana comparable a la donación de órganos en vida».

A tal efecto,

«la moción contiene las siguientes modificaciones legales:

1°. Al artículo 182 del Código Civil:

En primer lugar, el proyecto modifica el artículo 182 del Código Civil, agregando:

- a) Un nuevo inciso segundo que fija una nueva presunción legal, tratándose de la técnica de fertilización in vitro con transferencia embrionaria en una tercera persona, especificando que los niños o niñas gestados en vientre subrogado son hijos o hijas de la pareja que se sometió a ella.

40. Véase <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07>.

- b) Un nuevo inciso tercero que prescribe que, para efectos probatorios, la circunstancia de encontrarse en imposibilidad uterina o biológica para gestar y dar a luz al hijo o hija, deberá ser médicamente certificada por el médico tratante, dejando constancia del origen del material genético que da vida al embrión, así como la voluntad procreacional de la pareja, y de la mujer apta para gestar, que libre y voluntariamente decide colaborar con esta pareja para dar viabilidad a su voluntad procreacional, deberán constar en declaración jurada ante notario público quien la certificará en su calidad de ministro de fe.
- c) Finalmente, el actual inciso segundo pasa a ser el inciso cuarto, extendiendo la protección legal de la presunción de filiación así fijada, a los hijos nacidos con el apoyo de la técnica de reproducción humana asistida de fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria en una tercera persona.

2°. Al artículo 183 del Código Civil:

En segundo lugar, el proyecto agrega a la presunción de maternidad que establece el inciso primero del artículo 183 una nueva presunción que ampara la maternidad subrogada.

Y lo hace, agregando nuevos incisos para regular la presunción de maternidad en los tres casos posibles de fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria en una tercera persona, según corresponda en cada caso: tratándose de inviabilidad uterina de la mujer, inviabilidad biológica de uno de los miembros de la pareja o inviabilidad biológica de ambos miembros de la pareja.

En el primer caso, el de un niño o niña gestados en vientre subrogado a partir del material genético de ambos miembros de la pareja, la identidad del niño o niña y su filiación queda determinada legalmente por el material genético de ambos.

En el segundo caso, el de un niño o niña gestados en vientre subrogado a partir del material genético de solo uno de los miembros de la pareja, la identidad del niño o niña y su filiación queda determinada legalmente por el material genético del miembro de la pareja viable para la gestación y la no coincidencia genética del hijo con la mujer que lo gestó.

En el tercer caso, el de un niño o niña gestado en vientre subrogado con material genético de terceras personas, la identidad del niño o niña y su filiación queda determinada legalmente por la voluntad procreacional consensuada de la pareja, debidamente manifestada, antes del procedimiento de transferencia del embrión al útero explicando el origen del mismo y la voluntad, libre y solidaria de la mujer apta para gestar que decide colaborar con esta pareja para dar viabilidad a su voluntad procreacional.

Otro nuevo inciso establece que tales circunstancias se acreditarán por intermedio de las respectivas pruebas genéticas informadas por exámenes de laboratorios acreditados para estos efectos en el primer caso, y la voluntad procreacional

consensuada de la pareja y de mujer apta para gestar que decide colaborar con ellos para dar viabilidad a su voluntad procreacional, manifestada mediante declaración jurada ante notario público de la pareja y la mujer subrogante, y la certificación emanada del médico tratante debidamente autorizada ante notario público, de la inviabilidad uterina o biológica correspondiente según el caso, que dará cuenta del origen del material genético que da origen al embrión.

Agrega la norma que dichas pruebas serán suficientes para solicitar la inscripción del niño o niña en la partida de nacimiento del Registro Civil, por parte de la pareja que se sometió a esta técnica de reproducción humana, nacido que sea el niño. Esto permite que el niño o niña adquiera la identidad que le corresponde de manera inmediata después de producido el parto subrogado.

Finalmente, el inciso segundo pasa a ser el quinto, conservando la norma que prevé que, en los demás casos, la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.

3°. Agregando un nuevo artículo 183 *bis* del Código Civil:

Un nuevo artículo se incorpora con el objeto de definir y resguardar los eventuales derechos pecuniarios que pudiera tener la mujer que consintió en asistir a la pareja mediante la gestación subrogada. La norma reconoce que la gestora subrogante podrá ejercer los derechos de tipo pecuniario que le correspondan de acuerdo con la legislación vigente a fin de obtener el resarcimiento de los gastos en que incurrió producto del embarazo y el parto, que no hayan sido cubiertos por los padres del hijo gestado.

Y precisa, además, que la gestora subrogante no adquiere por la gestación subrogada derecho alguno de filiación con el niño gestado, sin perjuicio de las relaciones de parentesco generales que le corresponden con él o ella, en el caso que la gestante tenga una relación de parentesco con alguno de los miembros de la pareja. Esto último tiene especial importancia teniendo en consideración aquellos casos en que una madre o una hermana, por ejemplo, consienten en asistir la gestación subrogada del hijo de su hija o de su hermana. En estos casos, el niño o niña deberá crecer al amparo de un tejido de vínculos familiares transparente, ordenado y legalmente reconocido. Es necesario precisar que en este caso estamos frente a un caso de vientre solidario.

En el nuevo artículo se define como gestora subrogante a la persona que consintió en asistir a la pareja mediante fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria en su útero. Se establece que la gestora subrogante podrá ejercer exclusivamente los derechos pecuniarios que en derecho le correspondan, en especial y sin que esta descripción sea taxativa, aquellos gastos relacionados con la atención médica de la gestación, el parto y las posibles complicaciones de salud derivadas de una u otro; y también se especifica que la gestora subrogante no adquiere por la gestación subrogada derecho alguno de filiación con el niño gestado, sin perjuicio de las

relaciones de parentesco generales que le corresponden con él o ella, en el caso que la gestante tenga una relación de parentesco con alguno de los miembros de la pareja».

Este proyecto aún no se ha aprobado y hay mucha reticencia a su aceptación y regulación en el Gobierno de Chile, tal y como se desprende de las declaraciones de la ministra de la Mujer y la Equidad de Género, Antonia Orellana, realizadas en su intervención en la sesión número 67 de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, CSW, celebrada en Nueva York en marzo de 2023⁴¹.

En esta intervención se muestra totalmente en contra de la legitimación y regulación de la gestación subrogada y anima a los países a erradicarla y sancionarla, al entender que provoca el uso de la mujer para fines comerciales.

Postura que choca con la interpretación judicial chilena de la técnica de gestación subrogada, que es proclive a reconocer efectos jurídicos a estos supuestos y determinar la filiación de los nacidos a favor de los padres de intención.

En este sentido pueden verse las sentencias de los Tribunales de Familia de 8 de enero de 2018, 3 de diciembre de 2018, 1 de octubre de 2019 y 21 de julio de 2021, reconociendo la filiación a favor de los padres de intención, en distintos supuestos de gestación subrogada altruista, basándose en el principio del interés superior del menor, su derecho a la identidad y el principio del libre desarrollo de la personalidad⁴².

Los juzgados de familia son conscientes de la falta de regulación de la figura de la gestación subrogada, pero no consideran nulos ni ilícitos los contratos de gestación por sustitución si se realizan de forma no onerosa y al amparo del principio de solidaridad entre las partes intervinientes. Entienden que debe primar la protección de los menores

41. Véase <https://minmujeryeg.gob.cl/?p=50275> y Una breve historia de la CSW | Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer | ONU Mujeres-Sede (www-unwomen-org.translate.goog). La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado a la promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en toda su diversidad. Este órgano se reúne cada año en Nueva York para analizar la situación de las mujeres, presentar avances, recomendaciones y alcanzar consensos internacionales en materia de igualdad de género. En la CSW67 participan representantes de gobiernos, organizaciones de la sociedad civil, activistas, representantes del sistema de las Naciones Unidas y expertas de todo el mundo. Esta Comisión se reúne del 6 al 17 de marzo de 2023 y tiene como tema prioritario «Innovación y cambio tecnológico, y educación en la era digital para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas» y como tema de la revisión «Desafíos y oportunidades para lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas rurales», conclusiones convenidas de la CSW62 (2018).

42. LATHROP GÓMEZ, F., «La gestación por subrogación en Chile», *La gestación por subrogación en América latina*, Cap. 3. Eds / Espejo Yaksic, Fenton-Glyn, Lathrop Gómez Sherpe, julio 2022, pp. 109-115. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/Cap-3-LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf

nacidos con esta técnica y consideran más importante la verdad biológica y el derecho superior del menor a conocer su verdadera identidad⁴³ que la propia gestación.

La doctrina mayoritaria en Chile se manifiesta también a favor de legislar⁴⁴, con el objetivo de proteger eficazmente los derechos fundamentales en juego y evitar los fraudes de ley y la inseguridad jurídica de los derechos de los menores en la determinación de su filiación⁴⁵.

Entienden que la ausencia de ley genera vulnerabilidad de los menores respecto de su filiación y que hasta ahora solo la jurisprudencia ha resuelto los casos concretos que se han judicializado. Los tribunales se han manifestado a favor del reconocimiento de

43. En este sentido, merece la pena destacar la sentencia derivada de la causa RIT C-4907-2018, de los juzgados de familia de Santiago de Chile, que da contexto a la tramitación del proyecto de ley boletín N° 12.106-07: <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=doctoInformeAsesoria&id=11080>.

En este caso se reclama la maternidad por parte de la madre de intención, alegando verdad biológica, ya que la fecundación se produjo mediante un proceso de fertilización *in vitro*, con material genético de los padres de intención, implantando, posteriormente, el embrión en un vientre subrogado mediante un acuerdo previo gratuito.

El juez argumenta que: «Así, como la filiación materna que actualmente detenta el niño se basa en la determinación legal operada a instancias del Registro Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, no obstante puede ser derrotada por el establecimiento de la verdadera filiación basada en la realidad genética, segura y exacta, que se impone a la primera, con lo que ha adquirido consistencia y credibilidad la versión de la parte demandante en cuanto al por qué de la situación actual generada en el procedimiento de fertilización utilizado y en el implante del embrión en el útero de la demandada, todo mediado por un acuerdo sin pago y fundado en los sentimientos de solidaridad y amistad entre las partes. De esta manera, si por verdad entendemos la correspondencia de las aserciones sobre hechos con la realidad, entonces aparece justificada la pretensión de la actora, porque así se pudo establecer a partir de las conclusiones del análisis de ADN. Esta es una realidad objetivada, y por lo tanto es verdadera la aserción fáctica de la pretensión».

Por todo ello, el juez decide reconocer la maternidad y determinar la filiación a favor de la madre de intención, apoyándose en la realidad genética. Entendió que debía darse preferencia a la realidad biológica que a la determinación legal, y que debía desarrollarse normativa a tales efectos.

44. LATHROP GÓMEZ, F., «La gestación por subrogación en Chile», *La gestación por subrogación en América latina*, Cap. 3. Eds / Espejo Yaksic, Fenton-Glyn, Lathrop Gómez Sherpe, julio 2022, pp. 93-94. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/Cap-3-LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf

45. ÁLVAREZ R., «La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico» en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 247.

JARUFE, D., «La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial», en Vidal, A, Severín, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 285 y 292-293.

filiación a favor de los padres de intención, basándose en el derecho a la identidad y a la defensa del interés superior del menor⁴⁶.

Para la doctrina más flexible y permisiva, «la regulación clara y adecuada, no la prohibición ni el silencio de la ley, pueden garantizar los derechos de las personas que ven en las Técnicas de Reproducción Asistida, en general, y en la gestación por subrogación, en particular, una forma de concretar su proyecto de vida familiar y, muy especialmente, de la persona que nace de ellas»⁴⁷.

46. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., RECKZIEGEL, J. y COBOS CAMPOS, A., «La gestación sustituta ante las prestaciones por maternidad. Un estudio comparado entre Brasil, Chile y México», *Revista del Colegio de San Luis*, 2023, pp. 13 y 22.

47. LATHROP GÓMEZ, F., «La gestación por subrogación en Chile», *La gestación por subrogación en América latina*, Cap. 3. Eds / Espejo Yaksic, Fenton-Glyn, Lathrop Gómez Sherpe, julio 2022, pp. 117-118. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/Cap-3-LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf

6. CONCLUSIONES

Resulta evidente la necesidad de dar solución a los diferentes supuestos que se crean con la utilización de la técnica de gestación subrogada, sobre todo en aquellos países sin regulación al respecto o con regulación no permisiva que, sin embargo, admiten u otorgan efectos a la inscripción de filiación en el Registro Civil a favor de los padres de intención.

Por ello, la preocupación sociopolítica sobre estas situaciones es cada vez más creciente ante la necesidad de dar respuesta a las familias que realizan dichas prácticas y que demandan seguridad jurídica y protección de sus derechos.

Es obvia la imperatividad de proteger el interés superior del menor nacido mediante esta técnica, así como los derechos fundamentales de la mujer gestante.

Pero ello no obvia el derecho de la gestante a desarrollar su autonomía de la voluntad y mostrar y ejercer solidaridad con los padres de intención.

Todo ello sin perder de vista el derecho de la mujer gestante a decidir sobre su propio cuerpo (como en supuestos permitidos como donación de órganos, reproducción asistida, interrupción de embarazo), y su libertad para decidir sobre sus derechos de filiación, como ocurre con su renuncia para permitir, por ejemplo, la adopción.

Sin embargo, en España, el partido político en el Gobierno ya dejó clara su postura oficial sobre el tema en su Programa Electoral⁴⁸:

«El Partido Socialista se opone contundentemente a la práctica de la gestación por sustitución o gestación subrogada, términos que solo suavizan la cruel realidad de los denominados «vientres de alquiler». Consideramos que esta práctica vulnera los derechos de las mujeres, especialmente aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.

En la reforma de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo se ha incluido la prohibición de la publicidad de las agencias que hacen negocio con la explotación de las mujeres. Pero hay que continuar avanzando.

Actuaremos contra las agencias que promocionan y hacen negocio con la gestación subrogada, promoviendo las medidas legislativas necesarias.

Seguiremos apoyando a nivel europeo no solo la consideración como delito de la gestación subrogada, sino el establecimiento de mecanismos para abordar de manera internacional este problema que trasciende nuestras fronteras. Abordaremos los cambios legislativos necesarios, asegurando siempre el interés superior del menor y los derechos de las mujeres.

48. https://www.psoe.es/media-content/2023/07/PROGRAMA_ELECTORAL-GENERALES-2023.pdf

Paralelamente, se llevarán a cabo las medidas necesarias para facilitar y fomentar el sistema de adopción nacional e internacional. La maternidad y la paternidad tienen más que ver con los afectos y los cuidados que con los genes».

Por su parte, en Chile, la ministra de la Mujer y la Equidad de Género, al hilo de destacar la importancia de evitar la violencia de género en las nuevas tecnologías, invita a los Estados a prevenir, erradicar y sancionar la violencia digital y advierte sobre los peligros de la gestación subrogada para fines comerciales, relacionando el crimen organizado, las nuevas tecnologías y la trata de mujeres.

Todo ello, en contra de las decisiones judiciales de los tribunales de familia, que se muestran a favor del reconocimiento de filiación a favor de los padres de intención, dando prioridad a la denominada «voluntad procreacional», interés superior del menor y su derecho de identidad.

En definitiva, en España este camino está aún por recorrer porque las iniciativas legislativas al respecto no llegan a desarrollarse con éxito, dado la posición en contra del partido político en el Gobierno; en Chile siguen intentando su reconocimiento, pero al igual que en España, el Gobierno de la Nación no se muestra partidario de ello. Quizás en el futuro pueda llegar a ser una realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, M., «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución». *Cuadernos bioética*, 2017, vol. 28. N.º 93.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, R., RECKZIEGEL, J Y COBOS CAMPOS, A., «La gestación sustituta ante las prestaciones por maternidad. Un estudio comparado entre Brasil, Chile y México», *Revista del Colegio de San Luis*, 2023.
- ÁLVAREZ, R., «La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico» en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020.
- ÁLVAREZ, N., «Ser gestante para la familia: ¿es posible dar a luz a un nieto o sobrino?. BABYGEST <https://babygest.com/es/cuando-la-gestante-es-un-familiar/>, 30/01/2017
- AZNAR DOMINGO, A. Y DELGADO SÁNCHEZ, A., «Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España», *Diario La Ley*, N.º 9099, 14 de diciembre de 2017, Wolters Kluwer.
- BARTOLOMÉ TUTOR, A., «Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data», *Revista Iberoamericana de Bioética*, N.º 06, 01-13 [2018] [ISSN 2529-9573] DOI: 10.14422/rib.i06.y2018.002
- BENAVENTE MOREDA, P., «La necesidad de regular la gestación subrogada: relevancia del contrato de gestación por sustitución entre la persona gestante y los padres de intención para la protección de los intereses en juego». *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Cabezudo Bajor (coord.), Dykinson, 2023, pp. 21-79.
- BURGUETE MIGUEL, E., «Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia», *Maternidad subrogada, la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023.
- CIFUENTES, P. Y GUERRA, P. , «Gestación por sustitución o maternidad subrogada. Chile y la legislación comparada». Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Septiembre 2019. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacio__n_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf
- CURTI, P. , «Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 38, 2018-II. <http://hdl.handle.net/10486/692470>
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Maternidad*

- subrogada la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023.
- DÍAZ ROMERO, M. R., «Gestación subrogada y solidaridad familiar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 7, 2023.
- DÍAZ ROMERO, M. R., *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- DÍAZ ROMERO, M. R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación». *Derecho de Familia*, 5ª parte. Cap. III, pp. 1665-1714, Thomson Reuters Civitas, 2012.
- DÍAZ ROMERO, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley. 2010 Doctrina*, Volumen: 7527. pp. 1- 7.
- DÍAZ ROMERO, M. R., Ponencia en Congreso: «Gestación subrogada, filiación e inscripción en el Registro». Congreso internacional sobre filiación, patria potestad y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas. Facultad de Derecho, UNED, 2011. <https://www2.uned.es/dpto-dcivil/IDADFE/congreso2011>
- EMALDI CIRIÓN, A., «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley», *Dilemata*, ISSN-e 1989-7022, N.º 28, 2018 (Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada), pp. 123-135.
- ESTELLÉS PERALTA, P., «Maternidad subrogada; de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud», *Maternidad subrogada la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Estellés Peralta (dir.), Salar Sotillos (coord.), Tirant lo Blanch, 2023.
- GARCÍA ABURUZA, Mª. P., «A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 8/2015 parte Estudios, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. BIB 2015\4006.
- GARCÍA ALGUACIL, M. J., «¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, N.º 5/2016 parte Doctrina. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. BIB 2016\21188.
- JARUFE, D., «La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial», en Vidal, A, Severín, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- JEREZ DELGADO, C., «La autonomía de la voluntad en Derecho de familia. La gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional (a propósito de la STEDH de 24 de enero de 2017)», Spanish Hub del European Law Institute. Universidad de Granada. 2017.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., «Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero», *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, 2019.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Reproducción asistida y maternidad subrogada en el derecho español contemporáneo», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021.
- LATHROP GÓMEZ, F., «La gestación por subrogación en Chile», *La gestación por subrogación en América latina*, Cap. 3. Eds/ Espejo Yaksic, Fenton-Glyn, Lathrop Gómez Sherpe, julio 2022. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/Cap-3-LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf
- MARTÍN GARCÍA, M.L., «Maternidad por sustitución desde la perspectiva de la gestante», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021.
- MORENO BOTELLA, G., «Maternidad subrogada: Visión ético-religiosa, prohibición legal y reconocimiento fáctico en la jurisprudencia española y del TEDH», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 42, 2016.
- MOTA RODRÍGUEZ, A. Y RUIZ-CANIZALEZ, R., «Gestación por sustitución: libertad y autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Un acercamiento desde la ética y el derecho». *Dixi*, 32, julio-diciembre 2020, 1-41. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.02.02>
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, 2002.
- ROMEO ECHEVERRÍA, A., «Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa», *Encrucijadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, N.º 18. 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7247550>
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «¿Gestación subrogada en España? Aspectos de Derecho Civil», *El Reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid, 2021, pp. 167-168.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Derecho Civil y gestación subrogada», *Mujer, maternidad y Derecho / coord. por Julia Ammerman Yebra, Mónica García Goldar, Ignacio Varela Castro; María Paz García Rubio (dir.)*, 2019, pp. 749-765.
- SERRANO OCHOA, M. A., «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España», *Revista española de derecho constitucional*, N.º 129, 2023.
- VELA SÁNCHEZ, A., «El derecho a la identidad en el convenio de gestación por sustitución», *Cabezudo Bajo (coord.) Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Dykinson, pp. 343-355.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos técnicas de reproducción asistida*, 1998.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A VIVIR EN FAMILIA: LAS FAMILIAS ACOGEDORAS COMO EJEMPLO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR*

M. ÁNGELES ESPINOSA BAYAL

*Profesora titular de Psicología Evolutiva y de la Educación
Directora del Instituto Universitario de Necesidades
y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA)
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

RESUMEN

El artículo analiza el acogimiento familiar desde la óptica de la solidaridad familiar. Se parte de una revisión de la normativa nacional e internacional que garantiza el derecho de los niños y niñas a vivir en un entorno familiar. Se describe la situación del acogimiento familiar en España. Se concluye, a partir de los datos de un estudio empírico realizado con familias acogedoras de la Comunidad de Madrid, que el acogimiento familiar requiere de una fuerte apuesta de las Administraciones públicas para dotarlo de los suficientes recursos personales y materiales que canalicen la solidaridad de las familias acogedoras, en aras del interés superior de los niños y niñas acogidos.

PALABRAS CLAVE

Solidaridad familiar, acogimiento familiar, derechos de la infancia, interés superior del niño.

* Fecha de recepción: 11-03-2024. Fecha de aceptación: 27-05-2024.

CHILDREN'S RIGHT TO LIVE IN A FAMILY: FOSTER FAMILIES AS AN EXAMPLE OF FAMILY SOLIDARITY

ABSTRACT

The article analyses foster care from the perspective of family solidarity. It starts with a review of the international and national regulations that guarantee the right of children to live in a family environment. It describes the situation of foster care in Spain. It concludes, based on data from an empirical study carried out with foster families in the Community of Madrid, that foster care requires a strong commitment from the Public Administrations to provide it with sufficient personal and material resources to channel the solidarity of families in the best interests of the children.

KEYWORDS

Family solidarity, foster care, children's rights, best interests of the child.

SUMARIO

1. Introducción	146
2. El derecho de los niños y niñas a vivir en familia.....	148
2.1. El derecho de los niños y niñas a vivir en familia en la normativa internacional	148
2.2. El derecho de los niños y niñas a vivir en familia en la legislación española	153
3. El acogimiento familiar como medida de protección a la infancia en situación de desamparo en España.....	157
3.1. Datos sobre acogimiento familiar en España	157
3.2. Las recomendaciones del Comité de Derechos del niño para garantizar los derechos de la infancia privada de entorno familiar.....	162
3.3. La desintitucionalización como eje prioritario de la Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y la Adolescencia (2023-2030)	163
4. El acogimiento familiar como medida de solidaridad familiar: una perspectiva empírica.....	165
4.1. El significado de la medida	167
4.2. La valoración personal de la experiencia del acogimiento	168
4.3. Solidaridad familiar y acogimiento familiar.....	173
Bibliografía.....	176

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo titulado «El derecho de los niños y niñas a vivir en familia: Las familias acogedoras como ejemplo de solidaridad familiaridad» presenta un análisis del acogimiento familiar como medida estrella de las dos leyes que modificaron, en el año 2015, el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, regulado hasta ese momento por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹, a saber: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia² y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³, desde la perspectiva de la solidaridad familiar.

Para ello, en el apartado 1, titulado «El derecho de los niños y niñas a vivir en familia», se fundamenta teóricamente el derecho de todos los niños y niñas a vivir en familia, desde una doble perspectiva. Por una parte, desde los conocimientos procedentes de la psicología evolutiva, que entiende la familia como un contexto fundamental de desarrollo en el que se ha de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la infancia y la adolescencia (Ochaña y Espinosa, 2004 y 2012). Por otra, desde el reconocimiento de este derecho tanto en la normativa internacional reflejada en la Observación General n° 14 del Comité de Derechos del Niño⁴, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵ y las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado⁶ como en la legislación española a la que se ha hecho referencia anteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1. LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de enero, de PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL, Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Madrid: BOE.

2. LEY ORGÁNICA 8/2015, de 22 de julio, de MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Madrid: BOE.

3. LEY 26/2015, de 28 de julio, de MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Madrid: BOE.

4. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013). Observación General n° 14, sobre El Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14. Ginebra: Naciones Unidas.

5. ONU (1989). Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas.

6. ONU (2010). Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/142*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas.

A continuación, en el apartado 2, titulado «El acogimiento familiar como medida de protección a la infancia en situación de desamparo en España», se presentan los datos más actualizados de los que dispone el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 en el momento en el que se escribe este artículo (Observatorio de Infancia, 2022), en la actualidad el Ministerio de Juventud e Infancia, para visibilizar la realidad de esta medida de protección en nuestro país, en sus diferentes modalidades. A partir de ese análisis y teniendo como referencia las Observaciones Finales que hace el Comité de Derechos del Niño⁷, en 2018, a España respecto a la garantía de los derechos de los niños y niñas que no disponen de entorno familiar se presenta la Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia (2023-2030) como herramienta para dar respuesta a la desinstitucionalización de aquellos niños, niñas y adolescentes que, encontrándose en situación de desamparo, tienen una medida de acogimiento residencial.

Finalmente, en el apartado 3, titulado «El acogimiento familiar como medida de solidaridad familiar», se describen algunos de los resultados de un estudio realizado, en el año 2022, desde el Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA) en el que participaron 169 familias acogedoras de la Comunidad de Madrid. El objetivo de este estudio era disponer de un conocimiento más profundo sobre la realidad de las familias acogedoras, tanto extensas como ajenas, en relación a diferentes aspectos del acogimiento, tales como: conocer las actitudes y opiniones de las familias respecto al acogimiento, describir su propia experiencia frente a la medida y valorar su percepción sobre los cambios normativos. En concreto se presentan los resultados relativos al significado que las familias atribuyen a la medida (actitudes y opiniones) y a la valoración personal que hacen de la misma (experiencia propia). A la vista de los resultados de este estudio parece poder concluirse que las familias acogedoras atribuyen un significado a la medida muy diferente al que la ley le otorga, ya que en su mayoría entienden el acogimiento familiar como una medida de protección permanente. Al tiempo que valoran muy positivamente la experiencia del acogimiento, sin tener en cuenta la dificultades que se producen, en algunas ocasiones, en las diferentes fases del proceso. Ambos resultados deben tenerse en cuenta a la hora de tomar decisiones, desde las Administraciones públicas, en relación a los apoyos, personales y materiales, de los que el acogimiento familiar, tanto en familia extensa como en familia ajena, debe disponer para canalizar la solidaridad de las familias hacia esta medida de protección hacia la infancia y la adolescencia en situación de desamparo.

7. ONU (2018). Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño (CDN) a España 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6) al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ginebra: Naciones Unidas.

2. EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A VIVIR EN FAMILIA

2.1. El derecho de los niños y niñas a vivir en familia en la normativa internacional

La normativa internacional relativa a la protección y garantía de los derechos de la infancia reconoce, de manera explícita, el derecho de todos los niños y niñas a vivir en familia, entendida esta como un contexto de desarrollo infantil en el que se satisfacen de manera adecuada sus necesidades cognitivas, afectivas, sociales y emocionales (Bronfenbrenner, 1979; Ochaíta y Espinosa, 2004 y 2012; Palacios, 1999a, 1999b y 2016; Palacios y Rodrigo, 1998). Tal como señalan Palacios y Rodrigo, una familia es una «unión de personas que comparten un proyecto de vida común que se requiere duradero, con fuertes sentimientos de pertenencia, con intensas relaciones de reciprocidad, intimidad y dependencia que generan un fuerte compromiso interpersonal»⁸. Esta definición implica que el concepto de familia no está determinado ni por su estructura, ni por la relación biológica que existe entre sus integrantes, sino por los sentimientos, las relaciones y el compromiso que se establece entre todos sus miembros. Lo que permite que una amplia variedad de estructuras familiares puedan garantizar el bienestar infantil, y que *a priori* sean candidatas para servir como contexto de desarrollo adecuado cuando un niño o niña tiene que ser separado de su familia de origen (Golombok, 2015; Rodrigo, 2015).

Cuando se revisan las normas internacionales que recogen el derecho de los niños y niñas a vivir en un entorno familiar merecen especial atención, dados los objetivos de este capítulo, dos de ellas: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁹, en adelante la Convención; y el documento titulado «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños»¹⁰.

La Convención aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 reconoce expresamente el derecho de todos los niños y niñas a vivir en familia. Al repasar su texto se encuentran varios artículos, que tal como aparece recogido en la tabla 1, se refieren de forma más o menos implícita a este derecho. En síntesis reconocen un amplio grupo de derechos, entre los que cabría destacar el derecho de los padres y madres a educar a sus hijos e hijas de acuerdo a sus convicciones y valores conforme a su desarrollo, así como la obligación de los Estados Parte de respetar este derecho (artículo 5); el derecho de los niños y niñas, así como el de sus padres y madres, a la reunificación familiar (artículo 10); el derecho al honor, a la privacidad de su hogar y a la de su familia (artículo 16); y el derecho a recibir cuidados adecuados por parte de sus padres y madres para su correcto desarrollo, y en caso de que esto no sea posible que sea el Estado

8. Palacios, J. y Rodrigo, M. J. (1998). La familia como contexto de desarrollo humano (p. 33). En *Familia y Desarrollo Humano* (pp. 25-44). Madrid, Alianza.

9. *Ibidem*, p. 2.

10. *Ibidem*.

quien asuma la responsabilidad subsidiaria de brindar los apoyos adecuados para que se reciban dichos cuidados (artículo 18).

Sin embargo, para los objetivos de este capítulo, nos vamos a centrar, de manera específica, en los artículos 9 y 20 de la Convención, cuyos contenidos se refieren explícitamente a la especial protección que requieren los niños y niñas que deben ser separados de su familia de origen y para los que el Estado debe buscar cuidados alternativos. El artículo 9 reconoce el derecho de los niños y niñas a vivir con sus padres y madres, excepto en aquellos casos en los que en aras de su interés superior convenga su separación del entorno familiar. Estos últimos casos se refieren a todas aquellas situaciones en las que el menor es objeto de maltrato, trato negligente o abandono por parte de sus padres, lo que obliga al Estado a iniciar un procedimiento de separación, en el que todas las partes interesadas tienen derecho a participar dando su opinión respecto a la situación. Pero incluso en estos casos se reconoce el derecho del niño a mantener contacto con uno o ambos padres. Para garantizar la protección de estos niños y niñas, el artículo 20 de la Convención establece la obligación del Estado de proporcionar los cuidados necesarios que sustituyan al cuidado parental. Parece, por tanto, que son estos dos artículos los que están directamente relacionados con la protección y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que tienen que ser separados de sus familias de origen, ya que el Estado tiene que articular un sistema de protección que garantice la existencia de medidas de cuidado alternativo, bien de forma transitoria, como son el acogimiento familiar y residencial, bien de forma permanente, como es la adopción, ya sea nacional o internacional.

Tabla 1. Artículos de la Convención que se refieren de manera explícita al derecho de los niños y niñas a vivir en familia

<p>Artículo 5</p>	<p>«Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».</p>
<p>Artículo 9</p>	<p>1.- «Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse decisión acerca del lugar de residencia».</p>

<p>Artículo 9</p>	<p>2.- «En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones».</p> <p>3.- «Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».</p> <p>4.- «Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuanto se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Parte se cercionarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas».</p>
<p>Artículo 10</p>	<p>1.- «De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares».</p> <p>2.- «El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Parte en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención»</p>
<p>Artículo 16</p>	<p>1.- «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación».</p> <p>2.- «El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques».</p>

<p>Artículo 18</p>	<p>1.- «Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».</p> <p>2.- «A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños».</p> <p>3.- «Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas».</p>
<p>Artículo 20</p>	<p>1.- «Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado».</p> <p>2.- «Los Estados Parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para estos niños».</p> <p>3.- «Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico».</p>

Fuente: *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (ONU, 1989).

Como una forma de concretar y especificar los derechos de los niños y niñas que no disponen de cuidados parentales, que aparecen recogidos en la Convención¹¹, y la especial protección de la que son merecedores, Naciones Unidas publica en el año 2010 el documento titulado, «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños»¹². En este texto se establecen una serie de pautas que orientan el diseño e implementación de las políticas públicas encaminadas a garantizar el bienestar de la infancia en situación de desamparo, así como de la que está en riesgo de llegar a encontrarse en esa situación. El documento enfatiza en la necesidad de que todas las medidas que se adopten deberán estar orientadas a que el niño vuelva a estar bajo la tutela o guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. Al mismo tiempo que insiste en que la separación de los niños y niñas de su familia debe

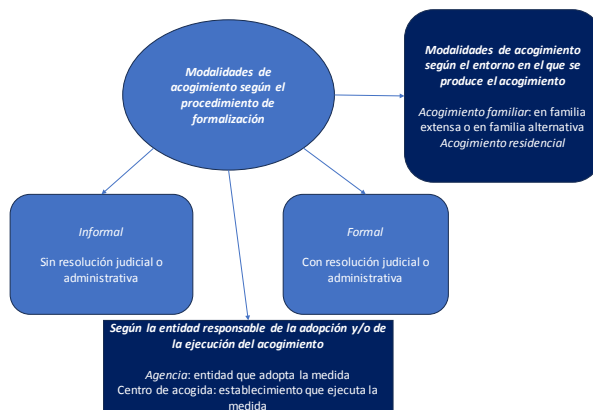
11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

ser la medida de último recurso, tener un horizonte temporal definitivo, siempre que sea posible, y la menor duración posible. Razón por la que el Estado debe priorizar las denominadas medidas de preservación familiar, que serían todas aquellas actuaciones cuyo objetivo es fortalecer las condiciones personales y materiales de los adultos responsables del núcleo familiar, para un adecuado ejercicio de sus funciones parentales (Hidalgo, Menéndez, López-Verdugo, Sánchez-Hidalgo y Lorence, 2014; Rodrigo, 2015). Así como en el hecho de que todas las medidas deben estar fundamentadas en el interés superior del niño y en el derecho de este a ser oído y a que sus opiniones se tengan en cuenta, de acuerdo a su edad y madurez, y en base a su conocimiento de las circunstancias que concurren.

También se llama la atención en el documento sobre la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial, que solo se aconseja en aquellos casos en los que esta modalidad de acogimiento fuera especialmente beneficiosa para el desarrollo integral del niño o niña y redundase en su interés superior, excepto en el caso de los menores de tres años para quienes siempre se recomienda el acogimiento familiar. En el resto de las circunstancias el documento apuesta por el acogimiento familiar como la modalidad de cuidados alternativos más adecuada para proteger a los menores, garantizar sus derechos y satisfacer adecuadamente sus necesidades (Ochaíta y Espinosa, 2004 y 2012). En resumen, y tal como aparece en la gráfica 1, Naciones Unidas propone diferentes tipos de acogimiento para los niños y niñas que carecen de entorno familiar, según las variables que se detallan a continuación: procedimiento mediante el que se formaliza el acogimiento, entorno familiar en el que se produce el acogimiento y entidad responsable de la adopción de la medida o del cumplimiento de la medida.

Gráfica 1. Tipos de acogimiento familiar de acuerdo al documento «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidados de los niños» (ONU, 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el documento titulado «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños» (ONU, 2010)

Según el procedimiento mediante el que se formaliza el acogimiento se diferencia entre acogimiento informal y formal. El acogimiento informal sería el que se produce cuando el cuidado del niño es asumido, de manera permanente o transitoria, por parientes o allegados u otro tipo de personas, a instancias de los padres, del propio niño o niña acogido, o de cualquier otra persona. En este caso no es necesaria una resolución judicial ni administrativa para llevar a efecto la medida de protección. El acogimiento formal es siempre el resultado de un procedimiento judicial o administrativo como consecuencia de la declaración de una situación de desprotección del menor. Según el entorno en el que se produce el acogimiento se distingue entre acogimiento familiar y acogimiento residencial. El acogimiento familiar puede tener lugar en la familia extensa o en un entorno familiar que tenga estrecha relación con la familia de origen del menor, o en una familia alternativa, en la que no exista ninguna vinculación ni relación con la familia de origen, que haya sido declarada idónea para realizar el acogimiento y que esté dispuesta a someterse a un seguimiento y acompañamiento. El acogimiento residencial tiene lugar cuando los niños y niñas van a vivir a un centro de protección, o cuando al llegar a la mayoría de edad pasan a un alojamiento independiente tutelado. Según la responsabilidad de la entidad que asume la adopción y/o la ejecución de la medida es importante destacar que son las «agencias», entidades públicas o privadas, las que adoptan las medidas de protección, mientras que son los «centros de acogida» quienes las ejecutan.

2.2. El derecho de los niños y niñas a vivir en familia en la legislación española

La regulación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia en España queda recogida en dos leyes: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia¹³; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia¹⁴. Ambas leyes modifican una norma anterior, la Ley O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵.

La Ley 8/2015, siguiendo las indicaciones que aparecen en las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, introduce modificaciones en dos artículos de la Ley O 1/96. En el artículo 2, para reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial, incorporando en su redacción los criterios de la Observación General nº 14 del Comité de Derechos del Niño¹⁶. Artículo en el que se señala la necesidad de que la determinación del interés superior del menor

13. *Ibidem*.

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*.

16. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2009). Observación General nº 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12. Ginebra: Naciones Unidas.

debe basarse, en cada caso, en la consideración de una serie de criterios reconocidos por el legislador que habrán de ponderarse en función de diferentes elementos y circunstancias. En el artículo 9, donde se desarrolla de forma más detallada el derecho del menor a ser oído y escuchado, de acuerdo al contenido de la Observación General nº 12 del Comité de Derechos del Niño. Donde se enfatiza en el hecho de que su opinión debe ser considerada en todas las decisiones que le afecten, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Así como en el hecho de que se deben poner todos los medios necesarios para facilitar la participación del niño, sin ningún tipo de discriminación, de acuerdo a su madurez y a las necesidades especiales que pudieran concurrir en cada caso concreto.

La Ley 26/2015 supone una serie de cambios significativos en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, respecto a la legislación anterior. Todos ellos orientados a armonizar la legislación española en materia de protección a la infancia con los presupuestos básicos de la legislación internacional en dicha materia. Estos cambios se podrían resumir en dos grandes apartados. Uno que tiene que ver con la homogenización de los criterios de aplicación de la norma en todo el territorio estatal y otro más relacionado con el tipo de medidas de protección que se derivan de la ley y la aplicación concreta de las mismas. Con respecto al primer apartado, el relativo a la homogenización de criterios, habría que señalar que en su artículo 12, recogido previamente en la Ley O 1/1996¹⁷ anteriormente citada, garantiza una protección uniforme a los menores en todo el territorio del Estado, situándose como referencia para el desarrollo normativo a nivel autonómico. A ello contribuye la definición, en una norma de rango estatal, de las situaciones de riesgo y desamparo (artículo 13). Conceptos que se desarrollan de manera pormenorizada en dos artículos de la ley. En el artículo 17, igualmente recogido en la Ley O 1/1996¹⁸, se definen las situaciones de riesgo, así como las intervenciones que se deben llevar a cabo para evitar que se agraven lo que obligará, finalmente, a adoptar la decisión de separar al niño o niña de su familia de origen. En el artículo 18 se incluye la definición de la situación de desamparo, que ya aparecía regulada en el artículo 172 del Código Civil¹⁹, estableciendo a nivel estatal la unificación de criterios para su declaración.

Por lo que se refiere a los cambios que introduce la Ley 26/2015²⁰ respecto al tipo de medidas de protección que prevee el sistema y la aplicación concreta de las mismas habría que señalar que el artículo 12 da prioridad a las medidas estables frente a las temporales, las familiares frente a las residenciales y las consensuadas frente a las impuestas. Respecto a la estabilidad de las medidas de protección se regula la duración máxima de la guarda de menores solicitada por los progenitores por un tiempo que no

17. *Ibidem*.

18. *Ibidem*.

19. CÓDIGO CIVIL (2023). Madrid: BOE.

20. *Ibidem*.

puede superar los dos años (artículo 19), salvo que concurren circunstancias que aconsejen su prórroga en aras del interés superior del niño. De este modo se trata de evitar que las guardas voluntarias se prolonguen *sine die* y que se adopten soluciones permanentes que permitan garantizar el bienestar de los niños y niñas desde las primeras etapas de su desarrollo. En relación a las medidas familiares, el artículo 21 da prioridad al acogimiento familiar frente al acogimiento residencial, bajo la premisa de que como indican todos los estudios el entorno familiar es más adecuado para el desarrollo infantil y adolescente (Aguila-Otero, Bravo, Santos y del Valle, 2018; Tavarés, González, Bravo y Fernández del Valle, 2019; González-García, Vassiliadis, Moreno-Manso, Alcántara, del Valle y Bravo, 2023; Moretti y Torrecilla, 2019). En el caso de los menores de seis años, y de forma aún más crítica en el de los menores de tres, la convivencia en un entorno familiar es irrenunciable. No obstante, la ley reconoce la posibilidad de adoptar una medida de acogimiento residencial cuando el ingreso en un centro de protección sea la única posibilidad o cuando convenga al interés superior del niño. Con el propósito de facilitar el acogimiento familiar y preservar el interés superior del niño, el artículo 20 simplifica su constitución, incluso cuando no exista previa conformidad de los progenitores o tutores. También se introduce la necesidad de que los acogedores dispongan de una valoración de idoneidad, como ocurre con la adopción, con criterios claramente definidos. Asimismo, se diferencia entre dos tipos de acogimiento familiar en función de la relación existente con la familia acogedora: en familia extensa o en familia ajena. En la misma línea apunta el artículo 20 *bis* y el artículo 21 *bis*, en los que se regulan, por primera vez, los derechos y deberes de las familias acogedoras y los derechos de los niños y niñas acogidos, respectivamente. La relevancia que la ley otorga a las medidas consensuadas queda patente en el artículo 17, donde se establece que la actuación de la entidad pública respecto a las situaciones de riesgo, para evitar que desencadenen en una declaración de desamparo, puede ser consensuada con los progenitores o tutores. En aquellos casos en los que la familia se niega a aceptar las propuestas de la Administración o no colabora en su implementación se comunica, mediante resolución administrativa, la situación de riesgo a fin de garantizar que han recibido información respecto a cuál debe ser su actuación para evitar una declaración de desamparo.

La modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia acontecida en el año 2015, con la aprobación de las dos leyes anteriormente descritas, supone, entre otros grandes avances, los tres que se describen a continuación. En primer lugar, una priorización del acogimiento familiar frente al residencial como medida de protección a la infancia y a la adolescencia en situación de desamparo. Especialmente en el caso de los menores de tres años, sobre los que no se debería adoptar una medida de acogimiento residencial, y de los menores de seis años, en cuyo caso solo sería una medida adecuada si su interés superior así lo aconseja. En segundo lugar, otorgar un papel relevante a la familia de origen, tanto en la regulación de las situaciones de riesgo como en aquellos casos en los que la entidad pública asume la tutela o la guarda del menor donde se habrá de elaborar un Plan Individual de Protección que incluya un Programa de Reintegración Familiar, cuando esta sea posible. En tercer, y último lugar, una simplificación de los procedimientos, administrativos y judiciales, en la toma de

decisiones acerca de los niños y niñas sin entorno familiar. Así como el establecimiento de una serie de cautelas relacionadas con la duración de los procesos y la revisión periódica de las medidas adoptadas.

Ante esta situación resulta muy necesario plantearse una seria reflexión acerca de la evolución que ha sufrido el acogimiento familiar, ya sea en familia extensa o en familia ajena. Analizando las similitudes y diferencias que caracterizan a cada una de estas modalidades, como medida de protección a la infancia y a la adolescencia en situación de desamparo tras casi diez años de implantación de las dos leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que priorizan claramente esta medida frente al acogimiento residencial.

3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN SITUACIÓN DE DESAMPARO EN ESPAÑA

3.1. Datos sobre acogimiento familiar en España

Los datos que se recogen en este apartado proceden del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia*²¹, número 25, que recoge la evolución de las medidas de protección a la infancia y la adolescencia adoptadas entre 2018 y 2022²². El *Boletín* también incluye datos sobre el maltrato infantil procedentes de la base de datos online del Registro Unificado de casos de sospecha de Maltrato Infantil (RUMI). Aunque a efectos de los objetivos de este capítulo solo se describirán los relativos al acogimiento familiar a nivel del territorio nacional²³.

El acogimiento familiar es una medida de protección que, con carácter administrativo o judicial, otorga la guarda a una persona o a una familia para que cuide del niño, velando en todo momento por su protección física y psicológica. Con el objetivo de proporcionarle un entorno familiar que sustituya o complemente al suyo propio y en colaboración con la Administración pública, en el ejercicio de sus funciones de protección. Se encuentra regulado en los artículos 172, *ter*, 173 y 173 *bis* del Código Civil²⁴ y en el artículo 20 de la Ley O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵. Cuando se analizan los datos sobre esta medida en España es necesario diferenciar entre las diferentes modalidades que puede adoptar, el tipo de familia que realiza el acogimiento y las causas por las que se produce el cese de esta medida (Observatorio de Infancia, 2022).

Por lo que se refiere a las modalidades, el acogimiento puede ser de los siguientes tipos. Temporal si tiene una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del niño aconseje su prórroga, bien porque se prevea una inmediata reintegración en la familia de origen o porque esté previsto adoptar una medida de protección de carácter definitivo. De urgencia, cuando se trata de menores de seis años y se está decidiendo la medida de protección que corresponde. Este tipo de acogimiento nunca puede exceder

21. El *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia* es una publicación anual del Observatorio de Infancia en la que se recogen las medidas de protección a la infancia y la adolescencia adoptadas en cada una de las comunidades autónomas y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

22. Esta es la actualización más reciente de la que se dispone en el Observatorio de Infancia, correspondiente al año 2022.

23. Para un análisis más detallado de los datos sobre las medidas de protección adoptadas en las comunidades autónomas y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, consultar las páginas 59-87 del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia*, número 25 (Observatorio de Infancia, 2022).

24. *Ibidem*, p. 10.

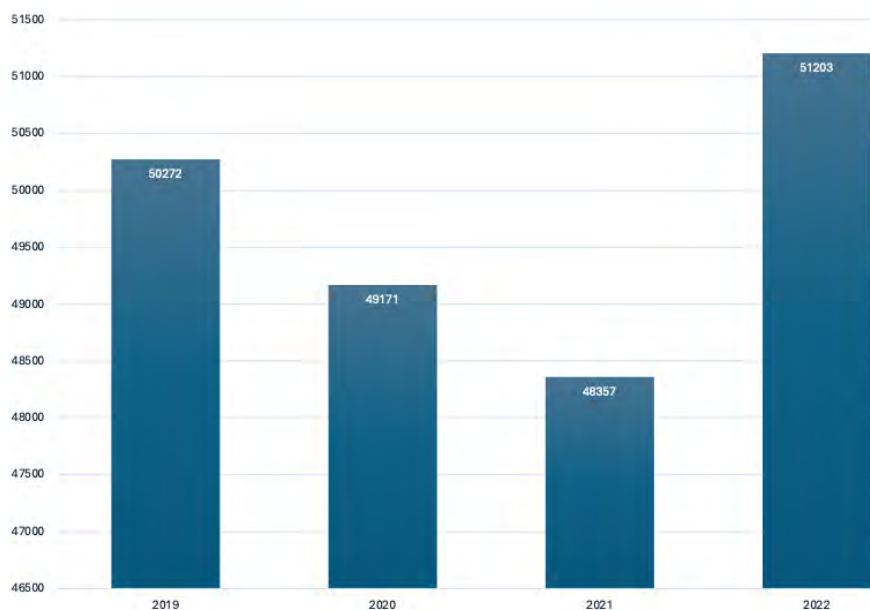
25. *Ibidem*, p. 2.

los seis meses de duración. Permanente, se constituye cuando finaliza el periodo máximo que dura un acogimiento temporal si no es posible la reintegración familiar, directamente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales, o cuando sus circunstancias y las de su familia así lo aconsejen.

Según el tipo de familia el acogimiento puede ser en familia extensa o en familia ajena. En el primer caso el acogimiento se realiza por alguno de los miembros de la familia del niño, en el segundo no existen relaciones familiares entre el acogido y los acogedores. Finalmente, con respecto a las causas que producen el cese de la medida, se encuentran las siguientes situaciones: reintegración del niño en su familia de origen, cumplimiento de la mayoría de edad, adopción, cambio de medida a acogimiento residencial, tutela voluntaria de los acogedores y otras causas.

Cuando analizamos el número total de niños, niñas y adolescentes en situación de desamparo, comprobamos que en el año 2022 se produce un aumento respecto a 2021 (51.203 frente a 48.357), lo que supone un incremento del 5,89 %. Aunque, tal como aparece en la gráfica 2, ha habido fluctuaciones similares entre unos años y otros, desde que se tienen registros de la serie: 50.272 en el año 2019 y 49.171 en el año 2020.

Gráfica 2. Niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema de protección



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia*, número 25 (Observatorio de Infancia, 2022).

Por lo que se refiere a la evolución del acogimiento familiar, como medida de protección a la infancia para los niños, niñas y adolescentes que no disponen de entorno familiar, habría que señalar que, tal como aparece en la tabla 2, desde el año 2020 es una medida más frecuente que el acogimiento residencial. A pesar de que se observa, de manera progresiva, una clara disminución en el número de acogimientos familiares. Este descenso supone un 2,31 % entre 2021 y 2020, y un 1,51 % entre 2022 y 2021.

Tabla 2. Medidas de protección adoptadas según tipo de acogimiento

	Acogimiento Familiar	Acogimiento Residencial
2022	18.177	16.365
2021	18.455	16.177
2020	18.892	16.991
2019	19.320	23.209

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia*, número 25 (Observatorio de Infancia, 2023).

De los datos presentados hasta el momento y a pesar de que en el último año analizado, 2022, ha habido un aumento de 2.846 niños, niñas y adolescentes en el sistema de protección con respecto al año anterior, la medida más frecuentemente adoptada por la Administración pública, tal como establece la ley, es el acogimiento familiar. No obstante habría que matizar que esta medida se adopta, fundamentalmente, para proteger a los niños y niñas autóctonos. Aunque solo el 11,54 % de los niños y niñas que entraron en el sistema de protección en 2022 son extranjeros, el 94,7 % están acogidos en centros residenciales.

A continuación se presenta un análisis más pormenorizado de esta medida de protección teniendo en cuenta sus características más definitorias y diferenciando los datos en tres apartados diferentes: tipo de familia que realiza el acogimiento, modalidad concreta de acogimiento que se realiza y causas que motivan el cese de la medida.

Con respecto al tipo de familia, los acogimientos familiares en familia extensa predominan sobre los acogimientos familiares en familia ajena, a pesar de que los primeros siguen perdiendo peso respecto al total de los acogimientos que se realizan en España. El porcentaje de acogimientos familiares en familia extensa realizados en los años 2021 y 2022 fue del 61,74 % y 59,66 %, respectivamente. En la misma línea apuntan los ofrecimientos realizados por tipo de familia. En el año 2022 los ofrecimientos en familia extensa disminuyen un 4,37 % respecto a los que hubo en 2021. Por el contrario, los ofrecimientos en familia ajena aumentaron un 11,8 % entre 2021 y 2022. Un dato que podría ayudar a comprender esta tendencia es el resultado de las valoraciones de idoneidad que obtienen uno y otro tipo de familias. En 2022 el número de valoraciones idóneas descendió en un 8,38 % respecto al año 2020, aunque hay que destacar que suponen el 92,27 % de las registradas. El 50,36 % corresponden a familias extensas y el 49,64 % a familias ajenas. Respecto al porcentaje de valoraciones que no se consideraron

idóneas en 2022, el 71,24 % correspondió a familias extensas y el 28,76 % a familias ajenas, siendo esta la misma tendencia en el año 2021, 76,07 % y 23,92 % en familias extensas y ajenas, respectivamente.

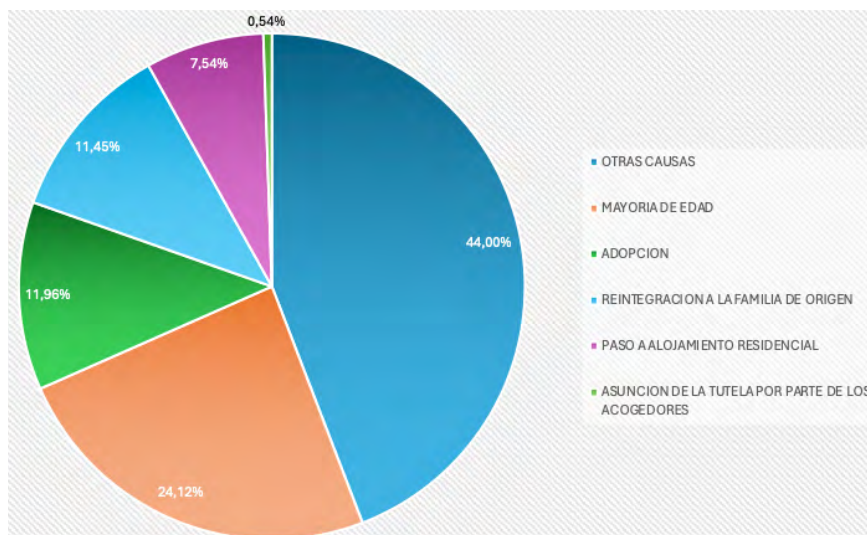
Estos datos nos ponen en la pista de que aunque el acogimiento familiar es una medida adoptada con mayor frecuencia que el acogimiento residencial, en nuestro país para proteger a la infancia y a la adolescencia que se encuentra separada de su familia de origen. Dicha medida requiere de un análisis muy exhaustivo de las fortalezas y las debilidades que tiene la adopción de esta medida respecto a la vinculación familiar, o no, que tiene el acogido con la familia que lo acoge.

Respecto a la modalidad concreta de acogimiento familiar habría que destacar que los acogimientos permanentes, es decir aquellos donde no hay una limitación temporal previamente establecida, son los mayoritarios respecto a otras modalidades, ya que suponen el 61,06 % del total. No obstante hay un descenso del 4,62 % de esta modalidad de acogimiento, entre 2021 y 2022. La misma tendencia se observa en el acogimiento familiar de urgencia, el que se adopta por un periodo máximo de seis meses para niños y niñas menores de tres años y mientras se decide una medida más estable, ya que en 2022 se adoptaron 517 acogimientos de esta naturaleza frente a los 591 que se pusieron en marcha en el año 2021. Por el contrario, asciende el número de niños y niñas en acogimiento temporal que ha aumentado en 379 casos (4.384 en 2021 y 4.763 en 2022).

Estos resultados indican que a pesar de que el acogimiento familiar permanente sigue siendo la modalidad de acogimiento más frecuente, con lo que ello significa de cara a hacer una valoración acerca del éxito de la medida cuyo objetivo fundamental es la reintegración del niño, niña o adolescente en su entorno familiar, se observa un aumento de los acogimientos temporales. Aspecto este último muy interesante y que debe ser analizado con mayor exhaustividad, ya que es esta modalidad de acogimiento familiar la que responde a la verdadera naturaleza del acogimiento familiar como una medida de protección que debe ser una solución transitoria, lo más breve posible y orientada básicamente a conseguir que el niño o la niña vuelvan a su familia de origen

En relación a las causas por las que se produce el cese de la medida, tal como aparece en la gráfica 3, se reparten del siguiente modo: otras causas (44 %), mayoría de edad (24,12 %), adopción (11,96 %), reintegración a la familia de origen (11,45 %), paso a acogimiento residencial (7,54 %) y asunción de la tutela por parte de los acogedores (0,54 %).

Gráfica 3. Causas por las que se produce el cese de la medida de acogimiento



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia*, número 25 (Observatorio de Infancia, 2022).

Cuando se analiza la evolución temporal de estas causas se comprueba que, de manera general, entre 2021 y 2022 han disminuido los ceses en un 9,58 %, pasando de 4.531 en 2021 a 4.097 en 2022. Pero si se hace un análisis, por tipo de causa, algunas aumentan y otras disminuyen. Disminuyen, entre 2022 y 2021: la adopción del menor, el paso a un acogimiento residencial, la asunción de la tutela voluntaria de los acogedores, y la categoría genérica denominada otras causas (18,65 %). Por el contrario, aumentan entre 2021 y 2022: la reintegración del menor a su familia de origen y la mayoría de edad.

Estos datos ponen de manifiesto que en casi la mitad de los acogimientos familiares se produce el cese de la medida por causas que son desconocidas, otras causas, siendo la suma de los porcentajes relacionados con lo que podríamos denominar un «fracaso» de la medida un 44,16 % (mayoría de edad, adopción, paso a acogimiento residencial y asunción de la tutela por parte de los acogedores), frente al 11,45 % de «éxito» de la medida, que supone la reintegración a la familia de origen.

Del análisis presentado en las páginas anteriores, sobre los datos procedentes del *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia* número 25, que incluye los datos relativos al periodo comprendido entre 2019 y 2022, parece poder afirmarse que en España los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desamparo son mayoritariamente acogidos en familia extensa, de forma permanente, ya que es un porcentaje minoritario el que retorna a su familia de origen. Pero, por el

contrario, son las familias acogedoras extensas las que hacen menos ofrecimientos para acoger y en las que se obtiene un mayor porcentaje de valoraciones de idoneidad negativo. Por todo ello, parece evidente que pasados poco más de ocho años desde la aprobación, en 2015, de las dos leyes que modifican el sistema de protección a la infancia y la adolescencia en España, el acogimiento familiar, medida estrella de la ley, sigue siendo una medida que requiere de mayor reflexión y de un análisis más profundo, tanto en cuanto a sus objetivos como en cuanto a las diferentes fases del proceso –ofrecimiento, formación y seguimiento– por el que deben pasar tanto las y los acogedores como las y los acogidos. Para ahondar en este proceso son muy relevantes las aportaciones que hace tanto el Comité de Derechos del Niño en su documento de Observaciones Finales sobre los Informes V y VI de España, remitidas en el año 2018²⁶, como las que aparecen de manera más recientemente en la Estrategia Estatal de Derechos de Infancia y de la Adolescencia (2023-2039) (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2023). El contenido de ambos documentos se resume, brevemente, a continuación.

3.2. Las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño para garantizar los derechos de la infancia privada de entorno familiar

El Comité de Derechos del Niño envía a España, en 2018, sus Observaciones finales sobre los informes quinto y sexto combinados. En ellas señala seis prioridades estratégicas a las que nuestro gobierno debe dedicar una especial atención en su agenda política, por la situación de vulneración de derechos de la infancia en colectivos específicos que suponen. Entre esas prioridades se encuentran los denominados por el Comité «niños privados de entorno familiar». El Comité muestra una honda preocupación por el elevado número de niños, niñas y adolescentes en situación de desamparo cuya medida de protección es el acogimiento residencial. También llama la atención sobre la insuficiencia de recursos materiales y personales del sistema de protección, lo que supone largas demoras en los procesos de toma de decisiones acerca de la asunción de la tutela por parte de la entidad pública, así como problemas de hacinamiento e instalaciones deficientes en algunos centros residenciales. Además se hace eco de las denuncias de malos tratos en determinados centros de protección, así como de la existencia de un tratamiento inadecuado a algunos chicos y chicas en este tipo de centros, tanto desde el punto de vista médico como del cumplimiento de sus derechos –como por ejemplo, prescripción de fármacos inadecuados, falta de sistemas de vigilancia y revisión de las medidas de protección, inexistencia de mecanismos de comunicación y denuncia de situaciones de vulneración de derechos, y sistemas de control de la conducta inadecuados, entre otros–. Así como de la falta de apoyos suficientes para los chicos y chicas que cumplen la mayoría de edad y tienen que abandonar el sistema de protección afrontando el denominado proceso de «transición a la vida adulta».

26. *Ibidem*, p. 3.

Ante esta situación el Comité recomienda al Estado español que, siguiendo el documento *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*²⁷ aumente los recursos destinados a prevenir la separación de los niños y niñas de sus familias de origen, apoyando programas de fortalecimiento familiar en los que se cuente con apoyos personales y materiales que permitan a las familias, especialmente a aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad, ejercer de manera adecuada sus roles parentales. Así como la adopción de una serie de medidas concretas, que aparecen recogidas en la tabla 3, todas ellas encaminadas a garantizar la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia que se encuentra bajo el amparo del sistema de protección.

Tabla 3. Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al Estado español para garantizar la protección de los niños y niñas privados de entorno familiar

a) Acelerar el proceso de desinstitucionalización, garantizando que la institucionalización sea siempre la medida de último recurso y que los centros de protección cumplen con unos estándares de calidad
b) Velar para que sea un juez quien dicte siempre la declaración de desamparo, una vez evaluado el interés superior del niño
c) Asignar recursos personales y materiales para fomentar el acogimiento familiar
d) Garantizar condiciones dignas para los niños y niñas que permanezcan en cualquiera de las modalidades de acogimiento residencial, velando siempre por su integridad física y psicológica
e) Vigilar y supervisar la calidad de los cuidados en el acogimiento residencial estableciendo canales accesibles para comunicar las quejas y denuncias
f) Fomentar los programas de transición a la vida adulta

Fuente: Elaboración propia a partir de las *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España* (Comité de Derechos del Niño, 2018).

3.3. La desinstitucionalización como eje prioritario de la Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia (2023-2030)

La Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia (2023-2030) (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda, 2030), articula un conjunto de acciones, agrupadas en torno a ocho áreas estratégicas, para garantizar los derechos de la infancia²⁸. En su línea estratégica 6, denominada «El derecho a vivir en familia, cuidados

27. *Ibidem*, p. 2.

28. La Estrategia se enmarca en el articulado de la Convención; en las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño; en las Observaciones Finales sobre los informes periódicos V y VI combinados de España; así como en la Agenda 2030. En el marco europeo se alinea con la Estrategia de la Unión Europea de los Derechos del Niño de 2021 y pretende ser el marco de acción que ampare el Plan Estatal para la Implementación de la Garantía Infantil Europea.

alternativos y desintitucionalización», señala que todavía hay un número importante de niños y niñas menores de 3 años y de entre 4 y 6 años que viven en centros residenciales²⁹, en distintas comunidades autónomas. Con las consecuencias que ello tiene, a tan tempranas edades, para su desarrollo cognitivo, afectivo, social y emocional (Gómez, 2013; Pinheiro, 2004). Asimismo, pone de manifiesto que más de 1.800 niños y niñas de entre 7 y 10 años, que carecen de entorno familiar, viven en un centro de protección y que del total de niños y niñas con discapacidad que hay en nuestro país, un 37 % viven en centros residenciales. Además, existen datos concluyentes respecto a las dificultades con las que se encuentran los adolescentes protegidos que abandonan el sistema al cumplir 18 años, por la ausencia de apoyos materiales y referentes personales que les puedan ayudar a realizar esa transición a la vida adulta. Por ello, es necesario avanzar en el proceso de desinstitucionalización de los niños y niñas y progresar hacia modelos de cuidado más personalizados e integrados en la comunidad que garanticen un entorno protector, como son las familias. En este proceso adquiere, por tanto, un papel relevante el acogimiento familiar, así como el apoyo que dichas familias deben recibir. Ambos aspectos se incluyen en la Línea Estratégica 2 denominada «Incrementar el acogimiento familiar en sus distintas formas», cuyo objetivo fundamental es potenciar el acogimiento familiar en sus diferentes modalidades. Para lo cual es necesario apoyar, desde las Administraciones públicas, a las familias acogedoras y sensibilizar a la población acerca de la medida para conseguir que disminuya la proporción de niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial.

La Estrategia se propone como objetivos a corto plazo, en 2025, que no haya ningún menor de seis años en acogimiento residencial y que se haya aumentado el número de acogimientos familiares en un 20 %. Como objetivos a medio y largo plazo, en 2030, plantea que todas las Administraciones hayan reforzado sus programas de apoyo a las familias acogedoras, que no haya niños y niñas menores de diez años en acogimiento residencial, y que el acogimiento familiar llegue a ser la medida de protección del 70 % de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desamparo.

29. Según el *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia* nº 24, 2021, 503 niños y niñas menores de 3 años y 536 de entre 4 y 6 años. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2022).

4. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO MEDIDA DE SOLIDARIDAD FAMILIAR: UNA PERSPECTIVA EMPÍRICA

Como ya se ha justificado ampliamente en las páginas precedentes de este capítulo, el acogimiento familiar es la medida de protección que se adopta de manera más habitual en nuestro país, para garantizar los derechos de los niños y niñas privados de entorno familiar. Sin embargo, son muchos los interrogantes que todavía existen sobre esta medida y sus diferentes tipos (Real, Navarro, Martín-Aragón y Terol, 2020), que requieren de un compromiso serio desde las Administraciones públicas para impulsar no solo el conocimiento y la sensibilización de la ciudadanía hacia esta medida, sino también, para dotar la medida de recursos personales y materiales que ayuden a su correcta implementación y que maximicen el retorno de los niños y niñas a su familia de origen que, como no podemos olvidar, es uno de los mejores indicadores del éxito de esta medida.

Con el objetivo de arrojar algo de luz sobre estas cuestiones y poner los resultados al servicio de quienes han de tomar decisiones sobre las políticas públicas de protección a la infancia, desde el Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA) llevamos ya algunos años trabajando en este tema. Uno de los aspectos más relevantes para la implementación del acogimiento familiar como medida de solidaridad familiar, en situaciones de desprotección, es la disponibilidad de familias dispuestas a brindar sus recursos personales y materiales a un niño, niña o adolescente, que ha tenido que ser separado de su familia biológica, para que en el menor tiempo posible y siempre que su familia biológica esté preparada, pueda retornar a ella. Sin embargo, desde que esta medida se puso en marcha en nuestro país, en el año 1987³⁰, este es uno de principales problemas a los que se enfrenta: la escasez de familias disponibles (del Valle, 2008; López, Bravo y del Valle, 2010; López, Delgado, Carvalho y del Valle, 2014; Rodríguez y Morell, 2013). Los resultados de las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que existe un cierto desconocimiento del funcionamiento de la medida (del Valle, Bravo y López, 2009; Fernández, 2004; Mañes, Moral, Albamiña, Sabater y Sospedra, 2007; Vallejo, Mondragón, Sáez, Willi, Guerra, Monserrat y del Valle, 2024) y que hay un escaso seguimiento de los procesos de acogimiento familiar, especialmente cuando ocurren en familia extensa (Bernedo y Fuentes, 2010; Fernández, 2004; Parra-Ramajo, 2012). Por todo ello y en aras de implementar medidas encaminadas a aumentar el número de familias dispuestas a acoger resulta necesario investigar acerca de ambos aspectos.

30. El acogimiento familiar en España fue introducido por primera vez en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Adopción y otras formas de protección de menores.

En el año 2022 desde el IUNDIA, en colaboración con la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar³¹ (ASEAF) y la Subdirección General de Protección a la Infancia de la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad, de la Comunidad de Madrid, realizamos un estudio, en el que participaron 169 familias acogedoras de la Comunidad de Madrid, cuyo objetivo era tener un conocimiento más profundo acerca de la realidad de las familias acogedoras analizando diferentes aspectos del acogimiento familiar, pero al mismo tiempo complementarios: conocer las actitudes y opiniones de las familias respecto al acogimiento, conocer su propia experiencia de acogimiento y valorar sus opiniones acerca de los cambios normativos acontecidos en el año 2015. Para ello se utilizó un cuestionario diseñado *ad hoc*³² que incluía 95 preguntas agrupadas en cuatro bloques de contenido: (1) patrones y procesos del acogimiento familiar, (2) la experiencia del acogimiento familiar, (3) las actitudes hacia el acogimiento familiar y (4) modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dados los objetivos de este trabajo, los resultados que se presentarán en este apartado se refieren únicamente a los tres primeros bloques del cuestionario y serán analizados en dos apartados diferentes. En el primero se mostrarán los resultados relativos al significado que las familias atribuyen a la medida que incluye: las razones que les llevaron a acoger, cuál es su objetivo y cuál es su temporalidad. En el segundo, se incluirán los relativos a la valoración personal que hacen de la experiencia del acogimiento.

Antes de pasar a explicar los resultados obtenidos en este estudio, y las implicaciones que de ellos se derivan respecto a las posibles actuaciones de la Administración sobre los programas de acogimiento familiar, vamos a describir brevemente las características de la muestra con la que se trabajó³³. La muestra estaba formada por 169 familias de las cuales el 29 % eran familias acogedoras extensas y el 71 % ajenas³⁴. El cuestionario fue respondido, de manera mayoritaria, por mujeres³⁵ (68 %). La edad media de la muestra era de 50 años, siendo mayor en el caso de las familias extensas (57 años) que en el de las familias ajenas (47 años). También se encuentran diferencias entre ambos tipos de familia en cuanto al nivel de estudios. En el caso de las familias extensas

31. ASEAF está integrada por 23 asociaciones de distintas comunidades autónomas formadas, en su mayoría, por familias acogedoras.

32. Antes de enviar el cuestionario a las familias que participaron en el estudio las preguntas fueron validadas tanto por los miembros de la Junta Directiva de ASEAF como por un grupo de técnicos de la Subdirección General de Protección a la Infancia de la Comunidad de Madrid.

33. Todas las familias que participaron en el estudio lo hicieron de forma voluntaria. El cuestionario fue remitido desde la Subdirección General de Protección a la Infancia de la Comunidad de Madrid, con una breve introducción de los objetivos del estudio para el que se requería la participación de las familias.

34. Cabe destacar que a nivel poblacional la proporción es inversa, mayor porcentaje de familias acogedoras extensas que ajenas, ver tabla 2.

35. El cuestionario era respondido siempre por una única persona, aunque en él se recogía la experiencia global del núcleo familiar respecto al acogimiento.

el nivel de estudios mayoritario son los básicos (50 %), mientras que en el caso de las familias ajenas predominan las que tienen estudios universitarios (80 %). En cuanto al estado civil de las familias acogedoras predominan las parejas casadas (73 %), tanto en el caso de las familias extensas como en el de las familias ajenas. Aunque cabe señalar un mayor porcentaje de personas solteras entre las familias extensas (25 %) que entre las familias ajenas (10 %).

4.1. El significado de la medida

Cuando se pregunta a las familias que participaron en el estudio cuáles fueron las razones que les llevaron a tomar la decisión de acoger, las respuestas se reparten del siguiente modo: proporcionar una familia a un niño o niña que carece de ella (58 %), ser padres por primera vez o ampliar la familia (27 %), compromiso personal (8 %), una experiencia de acogimiento previa positiva (7 %). A la vista de estos resultados parece que la razón principal que impulsa a las familias a acoger es la solidaridad, ya que el argumento que utilizan es el de poner su familia a disposición de un niño que la necesita. No obstante, es relevante el porcentaje de familias (27 %) que dice acercarse al acogimiento familiar con el propósito de ser padres o madres por primera vez, o de aumentar la familia cuando ya tiene hijos e hijas biológicos. Si se analizan los resultados diferenciando entre las respuestas de las familias extensas y las de las familias ajenas encontramos diferencias significativas³⁶ entre unas y otras. En el caso de las familias extensas las razones para acoger son las relaciones familiares previas (68 %), la solidaridad (29 %) y el deseo de ser padre o madre (3 %). En el caso de las familias ajenas encontramos de nuevo que, como sucedía en la muestra total, la principal razón para acoger es la solidaridad (57 %), seguida del deseo de ser padre o madre (27 %), el deseo de ampliar la familia (15 %) y una experiencia de acogimiento previa positiva (1 %).

Respecto al conocimiento de los objetivos de la medida habría que señalar que la mayoría de los participantes (87 %) consideran que es mantener al niño o niña en un ambiente familiar que le garantice protección y cuidados. Un porcentaje muy bajo de la muestra (6 %) piensa que el verdadero fin del acogimiento familiar es la reunificación familiar y el porcentaje restante (7 %) señala otros objetivos. Si se analizan, de manera separada, los datos procedentes de las familias extensas y las familias ajenas de nuevo se encuentran diferencias significativas. En el caso de las familias extensas la mayoría (45 %) afirma que el objetivo de la medida es proporcionar al niño o niña un entorno familiar, cuidados y protección. Un 36 % responde que es una medida para que el niño esté en una familia y un 19 % señala que se trata de una obligación moral derivada de un vínculo familiar previo. En el caso de las familias ajenas la mayoría (67 %) responde que el objetivo del acogimiento es que el niño o niña esté en una familia. Un 32 % afirma que

36. Para poder hablar de diferencias significativas se han realizado las pruebas estadísticas adecuadas, conforme al tipo de variable analizada. El grado de significación en todas ellas es de ($p < 0,05$).

se trata de una medida para proporcionar un entorno familiar, cuidados y protección a aquellos niños y niñas que no disponen de ellos y tan solo un 1 % habla de una obligación moral derivada de un vínculo previo.

El último de los aspectos, relacionados con el significado que las familias acogedoras atribuyen a la medida, que vamos a analizar es la temporalidad. En la muestra total solo el 10 % de las familias se han planteado en algún momento que se trata de una medida temporal. El resto de las familias (90 %) la entiende como una medida permanente. En este caso, cuando se analiza de forma separada las respuestas de las familias extensas y las de las familias ajenas, a diferencia de lo que ocurría en el caso de las razones para acoger y los objetivos de la medida no existen diferencias significativas entre ellas. Tanto las familias acogedoras extensas como las ajenas entienden, en su práctica totalidad, el acogimiento familiar como una medida de protección permanente.

A la vista de los resultados obtenidos en este estudio habría que destacar que en términos generales el significado que familias acogedoras extensas y ajenas atribuyen al acogimiento familiar como medida de protección difiere de manera significativa tanto en las razones que les motivaron para hacerlo como con respecto a los objetivos que persigue la medida. En el caso de las familias extensas la razón fundamental para acoger son las relaciones familiares previas, lo que supone una cierta «obligación» por razones de consanguinidad con respecto al niño o niña acogido. Por el contrario, en el caso de las familias ajenas la razón principal es la solidaridad, lo que *a priori* supone una mejor comprensión del verdadero sentido de la medida, que choca radicalmente con el hecho de que tanto familias extensas como familias ajenas entiendan el acogimiento como una medida de protección permanente. En cuanto a los objetivos de la medida volvemos a encontrar diferencias entre familias extensas y ajenas respecto a su interpretación. Mientras que para las familias acogedoras extensas el principal objetivo de la medida es proporcionar al niño un entorno familiar que le proporcione cuidados y protección, para las familias ajenas el principal objetivo de la medida es que el niño tenga una familia. Inicialmente se podría pensar que ambas respuestas son equivalentes, pero cuando se analizan de manera más detallada se observa una importante diferencia. En el primer caso, el centro de interés es el niño o niña acogido como elemento central en torno al que se organiza la dinámica familiar, en el segundo el niño o niña acogido se integra, como un miembro más, en el núcleo familiar.

4.2. La valoración personal de la experiencia del acogimiento

Para evaluar la valoración personal de las y los acogedores respecto a la experiencia del acogimiento familiar se recogió información en el cuestionario acerca de una serie de aspectos que en diferentes estudios realizados, tanto a nivel nacional como internacional, se habían mostrado como relevantes, a saber: apoyo técnico y seguimiento (Bernedo y Fuentes, 2010; Jimenez y Zavala, 2011; Mañés, Moral, Albiñana, Sabater y Sospedra, 2007; Molero, Gil, Molero y Moral, 2012; Palacios y Jiménez, 2008); principales dificultades (Balsells, Fuentes-Peláez, Mateo-Gomá, Mateos y Violant, 2010); relaciones con la familia de origen (Gil y Molero, 2010; Le Prohn, 1994; Monserrat, 2006; Palacios

y Jiménez, 2008; Parra-Ramajo, 2012; Poyatos, 2015; Rodríguez y Morell, 2013; Salas, Fuentes, Bernedo, García y Camacho, 2009; Sabater, Molero y Pla, 2010); y grado de satisfacción con el acogimiento (Balluerka, Gorositaga, Herce y Riero, 2002; Herce, Achúcaro, Gorostiaga, Torres Gómez de Cádiz y Balluerka, 2003; Palacios y Jiménez, 2008; Valgañón, 2014).

La primera de las cuestiones analizadas fue el apoyo profesional recibido por parte de la Administración a través de personal técnico de la Comunidad de Madrid. Este apoyo profesional está presente tanto antes de iniciar el proceso de acogimiento, como una formación inicial, como durante el acogimiento con el seguimiento que se realiza del proceso. Respecto a la formación inicial, el 70 % de las familias acogedoras la valora positivamente, no encontrándose diferencias entre familias extensas y familias ajenas. Por lo que se refiere al apoyo profesional recibido durante el acogimiento, el nivel de satisfacción es considerablemente inferior. El 57 % considera que fue adecuado, el 34 % que fue inadecuado y un 9 % que podía haber sido bastante mejor. En este caso sí se encuentran diferencias significativas entre las familias extensas y las familias ajenas. En el caso de las primeras, prácticamente la totalidad de la muestra considera que el apoyo fue adecuado, mientras que en el caso de las segundas tan solo el 58 % considera adecuado el apoyo recibido encontrándose un 33 % que lo califica como insuficiente y un 9 % que, directamente, dice que es inadecuado. Cuando se pregunta por la vía a través de la que se recibe este apoyo la más frecuente son las citas con los profesionales en la Dirección General de Infancia y Apoyo a la Natalidad (39,5 %), que se combinan con las visitas a domicilio (36,5 %), y los contactos vía telefónica y correo electrónico (16,5 %). Llama la atención que en un 7,5 % de los casos el seguimiento se realice solo a través del teléfono o del correo electrónico. Por lo que se refiere a la periodicidad con la que se recibe el apoyo, la mayoría de las familias acogedoras (50 %) lo recibe con una frecuencia inferior a los seis meses. El 30 % lo reciben con una frecuencia que se sitúa entre los seis y los doce meses, el 20 % una vez al año y hay un 12 % que recibe apoyo profesional a la demanda. No se encuentran diferencias significativas entre familias extensas y ajenas respecto a la vía mediante la que se recibe el apoyo profesional y a la periodicidad del mismo.

Otra de las variables analizadas dentro de la valoración personal de la experiencia de acogimiento fueron las dificultades encontradas. Entre las principales dificultades se señalan la falta de recursos materiales (35,5 %) y personales (25,5 %), los problemas con la Administración (16,5 %), la desilusión al darse cuenta de que el acogimiento no es lo que se esperaba (8,5 %), la adaptación inicial del acogido (5,5 %), la relación con la familia biológica (4,5 %) y la historia previa del acogido (4 %). No se encuentran diferencias significativas entre familias extensas y familias ajenas.

Cuando se profundiza en el análisis de lo que ha supuesto esta experiencia de crianza con respecto a la de los hijos e hijas biológicos³⁷ la mayoría de las familias acogedoras

37. El 54 % de las familias acogedoras que formaban parte de la muestra tenían hijos biológicos.

de la muestra (60 %) afirma que no hay ninguna diferencia, aunque el resto (40 %) señala mayores dificultades. La mayoría (76 %) califica la relación entre los acogedores y los acogidos como positiva, enfatizando el hecho de que no cambiarían nada de ella. En el caso de las familias en las que la valoración no es tan positiva, los aspectos que destacan como susceptibles de mejora son una mejor respuesta, por su parte, a las necesidades del acogido (15 %) y disponer de más herramientas para controlar su conducta (9 %). Cuando se analizan de manera separada las respuestas de las familias extensas y ajenas a las preguntas del cuestionario relacionadas con esta experiencia de crianza y la relación con los acogidos encontramos diferencias significativas. En el caso de las familias extensas el 63 % califica la relación como muy buena, el 33 % la califica como idéntica a la que mantienen con sus hijos e hijas biológicos y tan solo el 4 % la califica como tensa, en ocasiones. En el caso de las familias ajenas el 39,5 % reconoce que es muy buena, el 54,5 % la califica «exactamente» igual que la que mantienen con sus hijos e hijas biológicos y el 6 % señala que, a veces, es una relación tensa.

Un elemento importante a tener en cuenta dentro de la valoración personal de la experiencia de acogimiento en relación a las principales dificultades que se han tenido que afrontar son los ajustes que se han tenido que realizar para que se produzca una adecuada transición del acogido al nuevo hogar. A este respecto la mayoría de las familias acogedoras que participaron en el estudio (72 %) afirman que la transición al nuevo hogar estuvo planificada y se realizó de manera progresiva. Aunque solo en el 36 % de los casos esa planificación contó con el apoyo de un profesional. En este caso, cuando se analizan las respuestas de las familias extensas y ajenas de manera separada encontramos diferencias significativas. La planificación de la transición al nuevo hogar se realizó solo en el 50 % de las familias extensas mientras que en el caso de las familias ajenas este porcentaje asciende al 80 %.

Un tercer elemento que tiene un peso considerable sobre la valoración personal de la experiencia de acogimiento son las relaciones con la familia de origen. Con respecto a si hubo o no acuerdo por parte de la familia de origen para que se llevara a cabo el acogimiento, las respuestas de las familias acogedoras que conforman la muestra se reparten equitativamente: en el 50 % de los casos se afirma que hubo acuerdo y en el otro 50 % que no lo hubo. Si diferenciamos entre las respuestas que proporcionan las familias extensas y las familias ajenas encontramos diferencias significativas. En el caso de las familias extensas, en la mayoría de los casos (80 %) la familia de origen estuvo de acuerdo con que se produjera el acogimiento. Un 14 % no lo estaba y el porcentaje restante (6 %) corresponde a aquellas familias acogedoras extensas que dicen desconocer esa información. Por lo que se refiere a las familias acogedoras ajenas tan solo en un 29,5 % de los casos la familia de origen del acogido estuvo de acuerdo con que se produjera el acogimiento, en el 40,5 % estuvo en desacuerdo y el 30 % afirma que no dispone de esa información.

Otra pregunta del cuestionario relativa a las relaciones entre la familia acogedora y la familia de origen se refería a si esta última había recibido apoyo profesional durante las

diferentes fases del proceso de acogimiento. El 53 % de la muestra de familias acogedoras responde que la familia de origen de sus hijos e hijas acogidos había recibido apoyo profesional y el 47 % que no. Pero, nuevamente, encontramos diferencias significativas entre familias extensas y familias ajenas. En el caso de las primeras, el 53 % responde que la familia de origen recibió apoyo profesional, mientras que este porcentaje baja hasta el 24 % en el caso de las segundas. Un 60 % de las familias ajenas responde no disponer de este dato, mientras que en el caso de las familias extensas es solo un 32 % el que no dispone de información al respecto.

También resulta muy relevante, respecto a la valoración de la experiencia personal del acogimiento, la opinión que la familia acogedora tiene de la familia de origen. El 30 % de las familias acogedoras de la muestra no conocían a la familia de origen de sus hijos e hijas acogidas, razón por la que no disponía de ninguna opinión al respecto. Un 39 % pensaba que eran familias con unas dificultades tan grandes que difícilmente podrían recuperarse para que se produjera la reintegración del niño o niña acogido, el 16 % cree que son familias que han hecho dejación de sus funciones, un 9 % piensa que a pesar de las dificultades el niño o niña acogido podrá retornar y un 6 % ve imposible la reunificación familiar. Nuevamente, cuando comparamos las respuestas de las familias extensas y ajenas en este asunto, encontramos diferencias significativas. La mayor parte de las familias extensas consideran que las familias de origen de sus hijos e hijas tienen dificultades que hacen difícil la recuperación (45 %), que han hecho dejación de funciones (20 %), o que a pesar de los problemas creen que el niño podrá reintegrarse en su familia de origen (15 %). Hay un 5 % que afirma no conocer a la familia de origen de sus hijos e hijas acogidos³⁸. En el caso de las familias ajenas la respuesta más frecuente (35 %) es también que se trata de una familia con problemas que difícilmente se recuperará, seguida de un 25 % que afirma que es una familia que ha hecho dejación de funciones. Un 10 % responde que a pesar de los problemas cree que el niño o niña podrá retornar a su familia de origen. El 30 % responde que no conoce a la familia de origen de sus hijos e hijas.

Esta opinión de las familias acogedoras respecto a las familias de origen condiciona, en la mayoría de las ocasiones, el tipo de relación que se establece entre ellas. Cuando se pregunta a las familias acogedoras sobre su relación con la familia biológica, menos de la mitad de ellas (48,5 %) dice que se relacionan a menudo, un 30 % responde que a veces, un 6 % en raras ocasiones y un 15,5 % afirma no tener ningún tipo de relación con la familia biológica de sus hijos. Estos datos varían de forma significativa cuando comparamos las respuestas de las familias extensas con las de las familias ajenas. En el caso de las primeras el 46,5 % reconoce tener una relación cordial con la familia de origen de sus hijos e hijas y un 16,5 % afirma que además de tener una relación cordial ambas familias colaboran en la crianza del acogido. Pero hay un 18,5 % que dice no tener ningún tipo de relación y un porcentaje similar que tiene la menor relación posible.

38. Hay un 15 % de las respuestas dadas por las familias acogedoras a esta pregunta que no se pudieron categorizar. Razón por la que la suma de porcentajes no alcanza el 100 % de las respuestas.

En el caso de las segundas, el porcentaje de las que no tienen ningún tipo de relación con la familia de origen asciende hasta el 70 %. Un 15 % afirma tener una relación cordial y un 5 % dice que además de mantener una buena relación con la familia de origen de su hijo o hija acogido ambas familias colaboran en su crianza. El 10 % dice que mantiene la menor relación posible.

Cuando se pregunta por el grado de satisfacción acerca de la experiencia del acogimiento la práctica totalidad de las familias acogedoras (97 %) dicen estar muy satisfechas y un 93,5 % de ellas estarían dispuestas a repetir la experiencia. Aunque los motivos para volver a acoger en el caso de las familias extensas son diferentes a los que argumentan las familias ajenas. En el caso de las familias extensas la principal razón para volver a acoger (71,5 %) es la existencia de relaciones familiares previas. Considerablemente inferior es el porcentaje de familias que hacen referencia al hecho de que ha sido una experiencia positiva (19 %), o que recurren a la solidaridad como razón fundamental para volver a acoger (9,5 %). No hubo ninguna familia acogedora extensa que mostrase alguna duda respecto a la posibilidad de volver a acoger. En el caso de las familias ajenas la razón por la que volverían a acoger es porque ha sido una experiencia positiva (80 %). Son mucho menores los porcentajes que hacen referencia a otros motivos: solidaridad (13 %), satisfacer el deseo de ser madre o padre (3 %). Un 4 % reconoció tener dudas para volver a acoger por el desgaste personal que dicho proceso supone.

Los resultados obtenidos respecto a la valoración personal de la experiencia de acogimiento nos permiten afirmar que la práctica totalidad de las familias acogedoras, ya sean extensas o ajenas, valoran positivamente la experiencia de acogimiento, aunque las razones que argumenten unas y otras son diferentes. A ello contribuye su percepción acerca de que la crianza sobre los hijos e hijas acogidos no muestra importantes diferencias con respecto a la de los hijos e hijas biológicos. Razón por la que prácticamente todas las familias que participaron en el estudio estarían dispuestas a volver a acoger. Aunque la motivación principal para hacerlo en el caso de familias extensas y ajenas sería diferente: las relaciones familiares previas en el caso de las primeras, y la solidaridad, en el caso de las segundas. No obstante, y a pesar de esta valoración tan positiva que hacen las familias acogedoras, se ponen de manifiesto algunos problemas que, de manera más o menos general, han dificultado las diferentes fases del proceso de acogimiento familiar. Una de las principales demandas de las familias participantes es el apoyo profesional durante el seguimiento del acogimiento. Si bien este apoyo profesional se considera adecuado en la fase de formación, no lo es tanto una vez que se ha formalizado el acogimiento. En este aspecto son mucho más exigentes las familias ajenas que las familias extensas, que en el caso de estas últimas la valoración del acompañamiento que hacen las y los profesionales es mucho más positiva. Por el contrario, no se encuentran diferencias entre ambos tipos de familia con respecto a valoración de las vías a través de las que se hace el seguimiento y de la frecuencia del mismo. Un segundo grupo de dificultades que señalan, de manera unánime, las familias acogedoras es la falta de apoyo económico, la ausencia de recursos profesionales de apoyo, y los problemas que, de forma habitual, tienen con la Administración. Por último,

habría que dedicar una atención especial, como fuente principal de dificultades, a las relaciones con la familia de origen del niño o niña acogido. En general, a partir de las respuestas de las familias acogedoras que han participado en el estudio se puede afirmar que, incluso en el caso de las familias extensas, tienen poca o nula relación con las familias de origen. Aspecto este muy preocupante dado que, como ya se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo de las páginas de este capítulo, el acogimiento familiar es una medida de protección de carácter temporal cuyo fin último es la reintegración del niño o niña en su núcleo familiar. Llama poderosamente la atención que, aproximadamente, una de cada tres familias acogedoras de la muestra no conozca a la familia de origen de sus hijos e hijas acogidos, y que incluso se dé esta situación aunque en menor proporción en el caso de las familias acogedoras extensas. Así como el hecho de que sea minoritario el porcentaje de familias, tanto extensas como ajenas, que tienen una relación cordial como la familia de origen del niño o niña acogido estableciendo una colaboración con ella para su crianza.

4.3. Solidaridad familiar y acogimiento familiar

Aunque los datos procedentes de la investigación que se ha descrito anteriormente no son representativos de la población de familias acogedoras en nuestro país y, por tanto, no son generalizables, señalan una serie de cuestiones relevantes a la hora de tomar decisiones sobre la atención y los apoyos que, desde las Administraciones públicas, se deben dar al acogimiento familiar como medida de protección prioritaria a la infancia y la adolescencia que se encuentra en situación de desamparo.

Cuando, en el año 1987³⁹, el acogimiento familiar se introduce en el ordenamiento jurídico de nuestro país como una medida de protección temporal cuyo objetivo final es la reintegración del niño en su familia de origen, aparece como una medida natural (Balsells, Fuentes-Peláez, Mateo-Gomá, Mateos, y Violant, 2010) basada en la solidaridad, sencilla de aplicar (del Valle, 2008; del Valle, Bravo y López, 2009) y que necesitaría de pocos recursos para su aplicación. Sin embargo, tras más de treinta y cinco años de experiencia y tras sucesivas reformas legales introducidas en las diferentes leyes que regulan la protección de los niños, niñas y adolescentes sin entorno familiar, existen claras evidencias que ponen de manifiesto que, por su propia naturaleza, se trata de una medida complicada de entender y difícil de implementar. Necesitada de un apoyo institucional claro, que apueste por la dotación de recursos personales y materiales que hagan de esta medida de protección una verdadera oportunidad para los niños y niñas que, por diferentes razones, tienen que ser separados, de manera temporal, de sus familias de origen. Sin lugar a dudas la solidaridad está en la base de todos los acogimientos familiares, ya sean estos en familia extensa o en familia ajena, pero siendo esta una condición necesaria no es suficiente para garantizar el éxito de los mismos.

39. LEY 1/1987, de 11 de noviembre, de REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN Y OTRAS FIGURAS DE PROTECCIÓN DE MENORES. Madrid, BOE.

Parece, por tanto, necesario que las familias que solidariamente deciden acoger sean acompañadas profesionalmente desde las primeras fases del proceso y que ese acompañamiento se dirija de manera prioritaria, aunque no exclusiva, a aquellas cuestiones que ellas mismas han revelado como más importantes. Este acompañamiento, sin lugar a dudas, aumentaría el número de familias dispuestas a acoger e incluso animaría a repetir la experiencia en aquellos casos en los que ya se ha acogido. A partir de los resultados obtenidos en el estudio presentado y teniendo en cuenta los hallazgos de la literatura sobre el tema, dicho acompañamiento profesional debería centrarse, al menos, en los elementos que se señalan a continuación.

La formación inicial que reciben las familias es un aspecto fundamental a tener en cuenta para garantizar el funcionamiento de la medida. Tal como se ha explicado previamente, no todas las familias que manifiestan su intención de acoger, ni todas las que lo hacen por la existencia de vínculos familiares previos, otorgan el mismo significado a la medida, ni entienden de la misma forma cuál es su objetivo final. Confrontar a las familias, desde un primer momento, con la idea de que el acogimiento familiar es una medida temporal que garantiza el derecho de un niño o una niña a disponer de un entorno familiar y cuyo objetivo final es el retorno de ese niño a su familia de origen ayudará a ajustar las expectativas de la familia acogedora respecto al proceso y a que sea más fácil para el acogido enfrentarse al conflicto de lealtades que se produce en demasiadas ocasiones. Desde el inicio tanto los acogedores como el acogido deben tener presente que en un futuro, más o menos próximo, debería producirse el cese de la medida y, con ello, el retorno del acogido a su familia de origen.

La transición del acogido a su nuevo hogar es otro momento en el que es necesario el acompañamiento profesional, tanto para el niño o niña acogido, como para el resto de los integrantes del núcleo familiar. La llegada de un nuevo miembro a la familia supone la necesidad de reorganizar todas las dinámicas familiares, así como la redefinición de los roles que cada uno de los integrantes de ese núcleo familiar va a adoptar en la nueva estructura. Por ello es necesario un trabajo sistemático de planificación en el que se realice un acompañamiento individualizado, que ayude a superar las dudas y las incertidumbres, así como a ajustar las expectativas. Esta tarea, que supone una atención individualizada de los diferentes miembros de la familia, también es necesaria en el caso de las familias acogedoras extensas, en las que ya hay una relación previa entre los acogedores y el acogido. El hecho de que existan lazos familiares no sustituye ese proceso de adaptación por el que todos los integrantes de la familia tienen que pasar, adaptando sus rutinas, ajustando sus responsabilidades y jugando roles diferentes a los que habían venido desempeñando en las dinámicas familiares existentes hasta ese momento.

Si el acompañamiento profesional es importante en la formación inicial de las familias acogedoras y en la transición del acogido a su nuevo hogar se convierte en un elemento indispensable durante el seguimiento del acogimiento. Aunque todas las familias acogedoras hacen una valoración muy positiva del acogimiento familiar y muestran su disponibilidad para volver a repetir la experiencia, este proceso no está exento de

problemas y dificultades, y así lo han manifestado en repetidas ocasiones. Las familias necesitan disponer de recursos, personales y materiales, que les permitan responder a las necesidades específicas que, en ocasiones, manifiestan los niños y niñas acogidos por las trayectorias vitales complicadas que han vivido. Esta necesidad puede ser más acusada en el caso de las familias acogedoras extensas por la diferencia generacional que existe, habitualmente, entre el niño o niña acogido y los acogedores⁴⁰. También necesitan acompañamiento y formación para establecer una relación positiva y de colaboración con la familia de origen del niño sea cual sea la situación en la que esta se encuentre y ello por dos motivos fundamentales. El primero de ellos tiene que ver con que uno de los indicadores de éxito de la medida reside en la posibilidad de que ambas familias construyan un proyecto de vida en común para el niño, lo que además de permitirle alcanzar un mayor grado de bienestar, facilitará su reintegración en la familia de origen en caso de que esta fuese posible. El segundo se relaciona con el denominado conflicto de lealtades que suelen mostrar muchos niños y niñas acogidos en los que de alguna manera sienten que por el hecho de estar bien integrados en su familia acogedora están traicionando a su familia de origen. Establecer una relación cálida y de complicidad entre ambas familias no es una tarea fácil y requiere de una gran generosidad por ambas partes, por ello es necesario un acompañamiento profesional que sitúe a cada una de las familias en el lugar que le corresponde en el proceso y visibilice el papel que tienen en la consecución del interés superior del niño⁴¹ que, en definitiva, es el incentivo que las mueve a ambas.

Justificada la relevancia y pertinencia de este acompañamiento profesional que ayude a canalizar hacia los verdaderos objetivos de la medida, la solidaridad de las familias acogedoras parece evidente que deben establecerse unos parámetros homogéneos para todas las familias acogedoras, en función de cada caso concreto. Estableciendo criterios claros con respecto al tipo de acompañamiento que se realiza a las familias, la duración del mismo y la periodicidad con la que se recibe.

Iniciamos este artículo señalando el derecho de todos los niños y niñas, recogido en la Convención, de vivir en un entorno familiar. En el caso de aquellos que tienen una medida de acogimiento familiar ese derecho ya se ha visto vulnerado una vez. Por este motivo lo concluimos enfatizando en la necesidad de que se diseñen políticas públicas que doten de recursos materiales y personales a esta medida, para que, con suficientes apoyos económicos y el acompañamiento profesional adecuado en las diferentes fases del proceso, ese fracaso no se vuelva a producir y estos niños y niñas puedan disfrutar de ese derecho.

40. La mayor parte de los estudios realizados, tanto a nivel nacional como internacional, ponen de manifiesto que en el caso de las familias acogedoras extensas, la acogedora es una abuela y la media de edad en estas familias supera a la de las familias acogedoras ajenas.

41. Artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILA-OTERO, A., BRAVO, A., SANTOS, I. y DEL VALLE, J. (2018). «Adressing the most damaged adolescents in the child protection system: An analysis of the profiles of young people in therapeutic residential care». *Children and Youth Services Review*, 112, Article 1049923. <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2020.104923>
- BALLUERKA, N., GOROSITAGA, A., HERCE, C. y RIERO, A. (2002). «Elaboración de un inventario para medir el nivel de integración del menor acogido en su familia». *Psicothema*, 12(3), pp. 564-571. <https://www.redalyc.org/pdf/727/72714309.pdf>
- BALSELLS, M. A., FUENTES-PELÁEZ, N., MATEO-GOMÁ, M., MATEOS, A. y VIOLANT, V. (2010). «Innovación socioeducativa para el apoyo de adolescentes en situación de acogimiento familiar». *Educación*, 45, pp. 133-148. <https://raco.cat/index.php/Educacion/article/view/214612/284904>
- BERNEDO, M. I. y FUENTES, M. J. (2010). «Necesidades de apoyo y satisfacción en los acogimientos con familia extensa». *Anales de Psicología*, N.º 1, pp. 95-103. <https://revistas.um.es/analesps/article/view/92011/88631>
- BRONFENBRENNER, U. (1979). *The ecology of Human Development: Experiments by nature and design*. Cambridge, M.A: Harvard University Press (traducción castellana: *Ecología del Desarrollo humano*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1987).
- DEL VALLE, J. F. (2008). *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*: Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3218&tipo=documento>
- DEL VALLE, J. F., BRAVO, A. y LÓPEZ, M. (2009). «El acogimiento familiar en España: Implantación y Retos actuales». *Papeles del Psicólogo*, pp. 33-41. <https://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1654.pdf>
- FERNÁNDEZ, M. (2004). «Los estudios sobre adopción y acogimiento familiar. 1974-2004». *Boletín de Psicología*, N.º 81, pp. 7-31. <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N81-1.pdf>
- GIL, M. y MOLERO, R. (2010). «El acogimiento en familia extensa y en familia educadora: Análisis comparativo». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2 (1), 179-188. <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349832325017.pdf>
- GOLOMBOK, S. (2015). *Modern families. Parents and children in the new family forms*. Cambridge, UK: Cambridge University Press (traducción al castellano: *Familias modernas. Padres e hijos en las nuevas formas de familia*. Madrid: Siglo XXI, 2016).
- GÓMEZ, A. M., WALTERS, S. OGDEN, P. JEMBERG, E. y KRAUSE, P. (2013). *EMDR Therapy and adjunct approach with children complex trauma, attachment and dissociation*. Springer Publishing Co.

- GONZÁLEZ-GARCÍA, C., VASSILIADIS, E., MORENO-MANSO, J. M., ALCÁNTARA, M., DEL VALLE y BRAVO, A. (2023). «Changes in mental health of children and young people in residential care: Outcomes and associated factors». *Psychosocial Intervention*, 32 (1), pp. 11-19. <https://journals.copmadrid.org/pi/art/pi2022a16>
- HERCE, C., ACHÚCARO, C., GOROSTIAGA, A., TORRES GÓMEZ DE CÁDIZ, B. y BALLUERKA, N. (2003). «La integración del menor en la familia de acogida: Factores facilitadores». *Psychological Interventions*, Vol. 12, N.º 2, pp. 163-177. <https://www.redalyc.org/pdf/1798/179818034004.pdf>
- HIDALGO, M. V., MENÉNDEZ, S., LÓPEZ-VERDUGO, I., SÁNCHEZ-HIDALGO, J. y LORENCE, B. et al. (2015). «Programa de formación y apoyo familiar». En M. J. Rodrigo (comp.), *Manual práctico de parentalidad positiva* (pp. 169-188). Madrid: Síntesis.
- JIMÉNEZ, J. y ZAVALA, M. (2011). «Estrés parental y apoyo social en familias extensas acogedoras chilenas y españolas». *Infancia y Aprendizaje: Journal for the Study of Education and Development*, 24 (4), pp. 495-506. <https://relaf.org/ORIGINALREVISTA.pdf>
- LE PROHN, N. (1994). «The role of the kinship foster parent: A comparison of the role conceptions of relative and non-relative foster parents». *Children and Youth Social Services Review*, 16 (1/2). 65-84.
- LÓPEZ, M., BRAVO, A. y DEL VALLE, J. F. (2010). «Estrategias de captación de familias acogedoras». *Papeles del Psicólogo*, Vol. 31, N.º 3, pp. 289-295. <https://www.redalyc.org/pdf/778/77815136008.pdf>
- LÓPEZ, M., DELGADO, P. , CARVALHO, J. y DEL VALLE, J. F. (2014). «Características y desarrollo del acogimiento familiar en dos países con una fuerte tradición de acogimiento residencial: España y Portugal». *Universitas Psychologica*, 13 (3), pp. 15-30. <https://www.redalyc.org/pdf/647/64733438005.pdf>
- MAÑES, R. J., MORAL, M. J., ALBAMIÑA, P. , SABATER, Y. y SOSPEDRA, R. (2007). «Situación de los acogimientos en familia extensa en la ciudad de Valencia». *Anales de Psicología* 23(2), pp. 193-200. <https://revistas.um.es/analesps/article/view/22451/21721>
- MOLERO, R., GIL, M. D., MOLERO, L. R. y MORAL, M. J. (2012). «Necesidades percibidas por las familias acogedoras extensas». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1 (2), pp. 397-406. <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349832339041.pdf>
- MONSERRAT, C. (2006). «Acogimiento en familia extensa: Un estudio desde la perspectiva de los acogedores, de los niños acogidos y de los profesionales que intervienen». *Psychological Intervention*, 15 (2), pp. 202-221. <https://scielo.isciii.es/pdf/inter/v15n2/v15n2a06.pdf>
- MORETTI, M. P. y TORRECILLA, N. M. (2019). «Desarrollo en las infancias institucionalizadas y en familias de acogida temporal: Una revisión bibliográfica». *Interdisciplinaria*, vol.

- 36, N.º 2, pp. 263-281. ISSN 1668-7027. <https://www.redalyc.org/journal/180/18060566017/html/>
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA (2030). *Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia (2023-2030)*. Madrid: Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=8314&tipo=documento>
- OBSERVATORIO DE INFANCIA (2022). *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*. Boletín número 25. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Boletin_Proteccion_25_PROVISIONAL.pdf
- OCHAÍTA, E. y ESPINOSA, M. A. (2004). *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. Madrid: McGraw-Hill.
- OCHAÍTA, E. y ESPINOSA, M. A. (2012). «Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades». *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N.º 2, pp. 25-46. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153671>
- PALACIOS, J. (1999a). *La familia como contexto de desarrollo humano*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- PALACIOS, J. (1999b). «La familia y su papel en el desarrollo afectivo y social». En F. López, I. Etxeberría, M. J. Fuentes y M. J. Ortiz (eds.). *Desarrollo afectivo y social* (pp. 267-284). Madrid: Pirámide.
- PALACIOS, J. (2016). «Trabajando con familias, investigando sobre familias». *Apuntes de Psicología*, Vol. 34, N.º 2-3, pp. 83-89. <https://www.apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/view/599/1244>
- PALACIOS, J. y JIMÉNEZ, J. (2008). *El acogimiento Familiar en Andalucía: Procesos familiares, perfiles personales*. Granada: Junta de Andalucía. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=2191&tipo=documento>
- PALACIOS, J. y RODRIGO, M. J. (1998). «La familia como contexto de desarrollo humano». En M. J. Rodrigo y J. Palacios (coords.), *Familia y desarrollo humano* (pp. 25-44). Madrid: Alianza.
- PARRA-RAMAJO, B. (2012). «Estudio sobre los factores de cambio en grupos socioeducativos de familias». *Portularia XII*, pp. 131-139. https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/5946/Estudio_sobre_los_factores_de_cambio.pdf?sequence=2
- PINHEIRO, P. S. (2006). *Informe Mundial sobre Violencia contra los Niños*. Nueva York: Naciones Unidas. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=2954&tipo=documento>

- POYATOS, A. (2015). «El acogimiento familiar de la infancia: Modelos de familias y contextos de intervención social». *Quaderns de Ciències Socials*, SN, pp. 5-29. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/4179c801-5b93-4521-8fd8-7418847b268c/content>
- REAL, M., NAVARRO, I., MARTÍN-ARAGÓN, M., y TEROL, M. (2020). «Acogimiento familiar en España. Un estudio de revisión». *Aposta*, 84 (84), pp. 8-24. <https://www.redalyc.org/journal/4959/495964701001/html/>
- RODRIGO, M. J. (2015). *Manual práctico de parentalidad positiva*. Madrid: Síntesis.
- RODRÍGUEZ, M. y MORELL, J. (2013). «Un hogar para cada niño: Programa de formación y apoyo para familias acogedoras». Madrid: UNED.
- SABATER, Y., MOLERO, R. y PLA, L. (2010). «Análisis descriptivo de las características de los contactos de menores con sus familias biológicas en los acogimientos en familia ajena». *International Journal of Developmental and Education Psychology*, 2 (1), pp. 229-236. <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349832325023.pdf>
- SALAS, M., FUENTES, M. J., BERNEDO, I.M., GARCÍA, M. A. y CAMACHO, S. (2009). «Acogimiento en familia ajena y visitas de los menores con sus padres biológicos». *Escritos de Psicología*, 2(2), pp. 35-42. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S1989-38092009000100005
- TAVARÉS, A., GONZÁLEZ, C., BRAVO, A. y FERNÁNDEZ DEL VALLE (2019). «Evaluación de las necesidades de jóvenes en acogimiento residencial en Portugal». *International Journal of Social Psychology. Revista de Psicología Social*. ISSN 0213-4748, ISSN-e 1579-3680, Vol. 34, N.º 2, pp. 319-326. https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/52366/Manuscrito_%20J%20%20en%20acogimiento%20Portugal.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- VALGAÑÓN, M. (2014). Estilo de funcionamiento de las familias de acogida y conducta adaptativa: Autoconcepto de los niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado. *Salud y Sociedad*, 5(2), pp. 156-169. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=439742475001>
- VALLEJO, L., MONDRAGÓN, I., SÁEZ, I., WILLI, R., GUERRA, M., MONSERRAT, C. y DEL VALLE, J. F. (2024). «Systematic review of the evaluation of foster care programs». *Psychological Intervention*, Vol, 33, N.º 1, pp. 1-14. https://journals.copmadrid.org/pi/archivos/1132_0559_inter_33_1_0001.pdf

Normativa

- Código Civil* (2023). Madrid: BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2023-117
- Comité de Derechos del Niño (2009). *Observación General N.º 12, sobre El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12. Ginebra: Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

- Comité de Derechos del Niño (2013). *Observación General N.º 14, sobre El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Ginebra: Naciones Unidas. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>
- Comité de Derechos del Niño (2018) *Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*. CRC/c/ESP/CO/5-6. Ginebra: Naciones Unidas. https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/productos/pdf/OBSERVACIONES_FINALS_V_VI_INFORME_CDN_ESPANA.pdf
- Ley 1/1987, de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Adopción y otras formas de Protección de Menores. Madrid: BOE. <https://www.boe.es/boe/dias/1987/11/17/pdfs/A34158-34162.pdf>
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid: BOE. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Madrid: BOE. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/23/pdfs/BOE-A-2015-8222.pdf>
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Madrid: BOE. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8470-consolidado.pdf>
- ONU (1989). *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- ONU (2010). *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. A/RES/64/142*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR Y OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. UNA REVISIÓN CRÍTICA DESDE EL DERECHO ARGENTINO*

MARISA HERRERA¹

Doctora en Derecho

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto actualizar y profundizar el debate sobre la obligación alimentaria en las relaciones de familia a la luz de los principios de solidaridad familiar, socioafectividad y vulnerabilidad. Se trata de interpelar el régimen jurídico argentino vigente para dimensionar la complejidad que encierra en la actualidad la noción de familias en plural y alcanzar un estudio crítico y actualizado del derecho alimentario en el derecho de familia contemporáneo.

PALABRAS CLAVE

Derecho alimentario, solidaridad familiar, derechos humanos.

* Fecha de recepción: 25-02-2024. Fecha de aceptación: 26-03-2024.

1. Doctora Honoris Causa de la Universidad Nacional de Chaco Austral. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora de derecho de familia y sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Avellaneda (Argentina). Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com

PRINCIPLE OF FAMILY SOLIDARITY AND ALIMENTARY OBLIGATIONS. A CRITICAL REVIEW FROM ARGENTINE LAW

ABSTRACT

This article aims to update and deepen the debate on the maintenance obligation in family relationships in light of the principles of family solidarity, socio-affectiveness and vulnerability. It is about questioning the current Argentine legal regime to measure the complexity that the notion of plural families currently contains and achieve a critical and updated study of food law in contemporary family law.

KEYWORDS

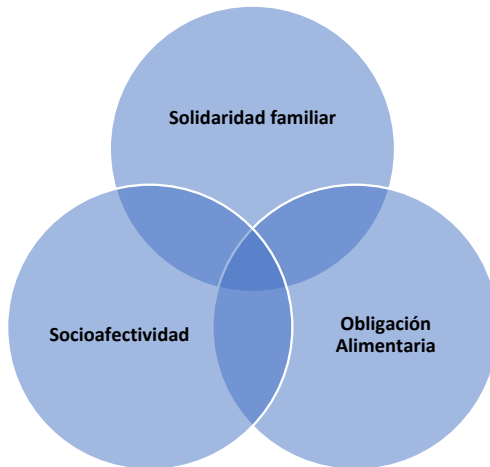
Maintenance obligation, family solidarity, human rights.

SUMARIO

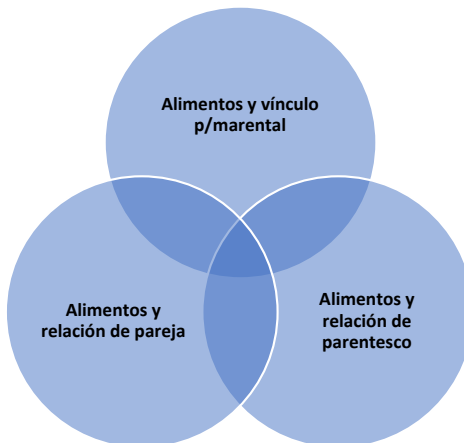
1. Introducción	184
2. Algunas consideraciones generales y básicas	189
2.1. Alimentos como derecho civil y como derecho humano.....	189
2.2. Socioafectividad.....	191
2.3. Solidaridad familiar.....	194
2.4. Vulnerabilidad	195
3. Alimentos y relación p/marental: un enfoque contemporáneo.....	197
3.1. Introducción	197
3.2. Incumplimiento alimentario y violencia económica de género	198
3.3. Extensión de la obligación alimentaria a deudores «anómalos»	200
3.4. Un supuesto especial: guarda, socioafectividad y adopciones frustradas	202
3.5. Otro supuesto especial: impugnación de la paternidad y continuación de la obligación alimentaria.....	205
3.6. Alimentos y familia ensamblada.....	211
3.7. Medidas ante el incumplimiento: flexibilidad legal	216
4. Alimentos y parentesco: la especial situación de los/as abuelos/as.....	219
5. Alimentos y relaciones de pareja.....	221
5.1. Algunas consideraciones generales	221
5.2. Replanteos críticos	222
6. Breves palabras de cierre	230
Bibliografía.....	231

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio consiste en profundizar sobre una interacción aún poco explorada y sobre la cual quedaría un largo camino por recorrer desde el plano doctrinario como jurisprudencial, que protagonizan el principio de solidaridad familiar y la obligación alimentaria, atravesados por una noción que interpela de manera rupturista, como lo es la socioafectividad. Así, en términos gráficos, la exploración que se propone en esta indagación se sintetiza del siguiente modo:



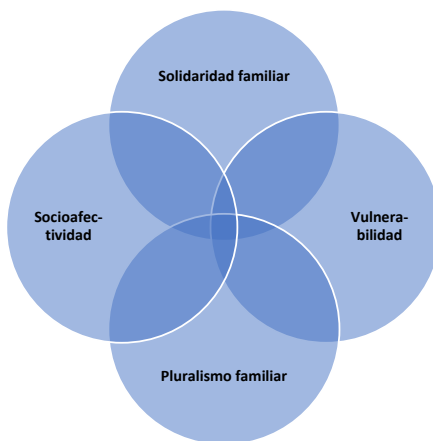
En este marco, el interrogante central se concentra en conocer cómo impacta el principio de solidaridad familiar en las diferentes obligaciones alimentarias que transitan por las relaciones de familia y que podrían ser divididas desde diferentes puntos de vista y aquí, a los fines de alcanzar una mejor estructura pedagógica, se representa del siguiente modo:



Estos serían los tres subcampos o categorías que comprometen los alimentos en el derecho de las familias en plural a la luz de todo el desarrollo que ha atravesado este ámbito desde el obligado enfoque de derechos humanos que tan bien sintetiza la doctrina consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando asevera en el resonado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de febrero de 2012² que: «La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio» (párrafo 142). ¿Cómo impacta la noción de familias en plural en el marco de la socioafectividad como causa fuente de obligaciones? ¿Qué rol juega la noción de la socioafectividad como causa fuente de obligaciones? ¿Es posible solicitar alimentos contra una persona con quien se tiene un fuerte vínculo afectivo sin ningún título o ropaje jurídico? ¿La socioafectividad no coloca en crisis el principio de seguridad jurídica? ¿Cuál prima o debería primar en el campo de las relaciones de familia? ¿Cómo interactúan diversas obligaciones alimentarias como, por ejemplo, los progenitores o uno de ellos y el progenitor afín en las familias ensambladas? Debiéndose agregar otro término agrava o complejiza estas interacciones como lo es la vulnerabilidad. ¿Acaso los alimentos no se presentan en la realidad jurídica ante situaciones marcadas por la vulnerabilidad?

Como se puede advertir, la interacción en estudio genera una gran cantidad de preguntas que la academia debe animarse a intentar dar respuestas plausibles o, de mínima, acercar posible resolución de conflictos o nuevas tensiones que despierta la mirada dinámica de un ámbito del saber jurídico en constante transformación e interpelación. Para ello, se debe tener en cuenta la siguiente interacción que funcionaría de base para la revisión crítica y actualizada que se propone en torno a las obligaciones alimentarias en las relaciones de familia y se sintetiza del siguiente modo:

2. Corte IDH, 24/02/2012. Corte IDH, 24/02/2012. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf



Bajo este prisma se pasan a destacar los que se consideran que serían los principales conflictos sociojurídicos que observa la obligación alimentaria en las tres categorías mencionadas, puntualizándose que para ello es necesario tener en cuenta todo el bagaje normativo internacional como nacional que gira en torno a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, cuando la obligación alimentaria se refiere a personas menores de edad, es obligatorio dimensionar los principios propios que estructuran el sistema jurídico que lo sostiene, como ser, básicamente: 1) el interés superior del niño; 2) la autonomía progresiva y 3) derecho a ser oído. Por lo tanto, toda deconstrucción-reconstrucción del tejido legal y jurídico –más en lo relativo a la interpretación– sobre la obligación alimentaria que involucra a este grupo social debe ser repensado a la luz de todo el desarrollo académico sobre estos verdaderos pilares.

Por su parte, desde el punto de vista general y sostenidos en los principios generales que constituirán los pilares del derecho de las familias contemporáneo, es dable traer a colación la postura que sigue el Código de las Familias cubano sancionado a través del voto popular por amplia mayoría en septiembre del 2022, cuyo art. 3 explicita los «Principios que rigen» y pasa a enumerar los siguientes:

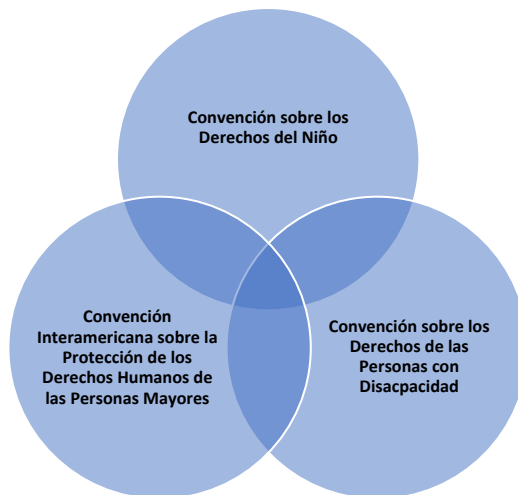
«1. Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos y se rigen por los principios siguientes: a) igualdad y no discriminación; b) pluralidad; c) responsabilidad individual y compartida; d) solidaridad; e) socioafectividad; f) búsqueda de la felicidad; g) equidad; h) favorabilidad; i) respeto; j) interés superior de niñas, niños y adolescentes; k) respeto a las voluntades, deseos y preferencias de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; l) equilibrio entre orden público familiar y autonomía; y m) realidad familiar».

Esta legislación actual estaría a tono con las afirmaciones que se vienen sosteniendo a los fines de dimensionar las bases sobre las cuales se ha edificado –o se deberían edificar– las obligaciones alimentarias en las relaciones de familia, advirtiéndose que esta se habría ampliado, sofisticado y, por ende, complejizado; quedando así justificada la razón de ser de este restudio.

En este marco, es dable tener en cuenta los dos –o a veces tres– extremos de la relación obligacional, es decir, no solo desde el alimentado sino también desde el alimentante, siendo que ambos pueden estar atravesados por situaciones de vulnerabilidad de diverso tenor y bajo diferentes protecciones jurídicas, tal como se expone en el siguiente gráfico:



Cada uno de estos colectivos sociales se enmarcan o toman como punto de partida un instrumento de derechos humanos que los fortalece cun columna vertebral y que deben ser tenidos en cuenta so pena de llevarse adelante un análisis parcial o acotado del planteo jurídico que se trate:



Son tres instrumentos normativos que cuentan en el derecho argentino con jerarquía constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño de manera originaria desde la reforma constitucional de 1994 al estar enumerada en el art. 75 inciso 22 y las restantes tal jerarquía es derivada, es decir, por decisión legislativa al sancionarse la Ley 27.044 en lo atinente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 27.630 con respecto a la mencionada Convención Interamericana. ¿Qué sucede cuando el obligado alimentario es un/a abuelo/a que carece de recursos propios para poder sostenerse? ¿Y si se trata de un progenitor con discapacidad? Este tipo de planteos –como tantos otros– complejiza aún más la noción de solidaridad familiar en materia alimentaria. Por ende, la interacción solidaridad familiar, socioafectividad y vulnerabilidad constituyen términos –que encierran realidades muy diversas– que deben ser tenidos en cuenta para que la obligación alimentaria no se vuelva una «guerra de pobres contra pobres» y, en ese contexto, el deber de replantear cuál es el rol que le cabe al Estado ante situaciones límites. ¿El sistema no debería evitar la obligación de demostrar quién es más vulnerable para evitar que el debate salga de la esfera civil familiar y comprometa el papel del Estado como garante último de la satisfacción de los derechos humanos? Si se defendiera una mirada individualista y libertaria del derecho sintetizada en la idea del «sálvese quien pueda», se podría afirmar que, si nadie del círculo más cercano de la persona en situación de vulnerabilidad pudiera costear sus necesidades básicas, entonces la obligación alimentaria quedaría incumplida sin ninguna reacción por parte del sistema jurídico. En cambio, desde el obligado enfoque de derechos humanos que recepta el derecho argentino en los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial, tal respuesta sería inviable, advirtiéndose que si bien desde el campo del derecho civil se deben desplegar diferentes acciones para el cumplimiento alimentario, lo cierto es que en situaciones extremas el derecho público, es decir, el Estado, debe entrar a escena so pena de incumplir sendas obligaciones asumidas en el plano internacional vinculadas al derecho a la vida digna, a un nivel de vida adecuado, al bienestar, por citar alguno de los derechos humanos que recepta varios tratados internacionales de derechos humanos.

Como cierre de este primer apartado introductorio y a modo de aclaración para limitar las expectativas sobre una temática cuya expansión aún no se lograría dimensionar, es dable señalar que si lo que se pretende es llevar adelante transformaciones en acto, es decir, propuestas que modifiquen la realidad sociojurídica en la materia, los aspectos procesales no pueden estar al margen. Sucede que cuando se habla de obligación alimentaria el tiempo constituye un elemento o factor relevante, máxime cuando se está en situaciones de vulnerabilidad. Es por ello que en esta oportunidad se indicarán algunas propuestas, avances y tensiones desde la óptica procesal como puntapié inicial para iniciar también en ese sendero un largo y necesario camino.

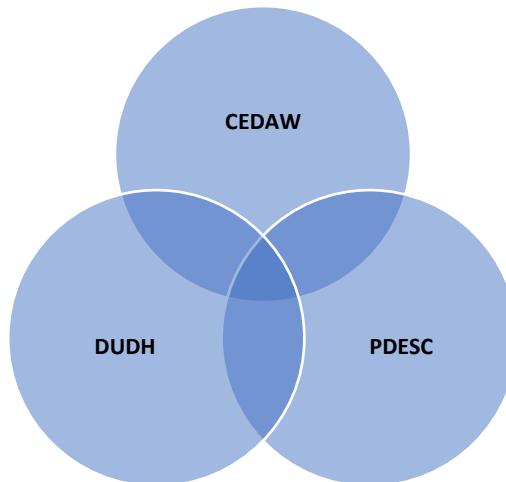
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES Y BÁSICAS

2.1. Alimentos como derecho civil y como derecho humano

La obligación alimentaria tiene una doble pertenencia, constituye una obligación civil y, a la par, un derecho humano. Además, y a los fines de tomar dimensión sobre su mayor complejidad desde un enfoque contemporáneo, dentro del campo tradicional del derecho civil es posible advertir que los alimentos formarían parte de una categoría mixta al no corresponderse de manera precisa con ser un derecho personal o un derecho patrimonial, sino tener o encerrar aspectos de ambos. En este sentido, es clave comprender que los alimentos no solo comprometen un derecho económico –ya sea que se traduzcan en dinero o en especie–, sino también una faceta personal vinculada a la calidad de vida digna y el desarrollo de la personalidad como derecho humano, lo cual indica que es más preciso advertir que los alimentos –al igual que la vivienda– integran una categoría mixta o intermedia y así salir de la disputa tradicional en torno a si forman parte de un derecho personal o patrimonial³.

A su vez, es dable recordar que los alimentos parten del género «asistencia», la cual tiene una vertiente moral y otro material, siendo esta última la que se conoce como alimentos.

La obligación alimentaria está reconocida en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo interesante dimensionar la siguiente interacción:



3. HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. Y FERNÁNDEZ, S.E., *Manual de Derecho de las Familias*, Tercera edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 89 y 90.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 25 reconoce que: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». Por su parte, otro de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria de conformidad con la enumeración que recepta el art. 75 inciso 22, conocida por sus siglas en inglés de CEDAW, expone en el primer párrafo de su art. 16 que:

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres»;

círculo que se cierra, principalmente, de los aportes provenientes del Pacto Internacional que en su art. 3 establece como nudo central que: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto», y en consonancia con ello, el art. 11 se focaliza en el derecho alimentario al considerar que:

«1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

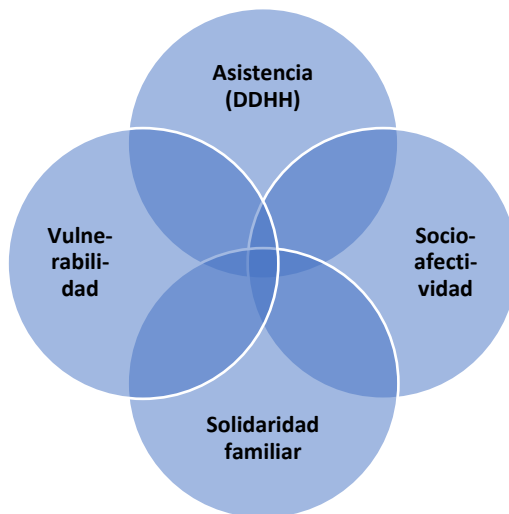
Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General 12, explica el contenido normativo de los párrafos 1 y 2 del artículo 11 considerando que el derecho a la alimentación compromete «la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla», entendiéndose con acierto que: «El derecho a la alimentación no es un derecho a ser alimentado, sino principalmente el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad»⁴, por lo tanto, el obligado a alimentar es una derivación o complemento del derecho principal, como lo es el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad.

Desde este enfoque constitucional-convencional, fácil se puede observar que la asistencia en su faz material, es decir, los alimentos, comprometen un derecho humano y como tal es comprensible que se encuentre expresamente regulado como un derecho-deber derivado de las relaciones de familia en atención al principio de solidaridad familiar.

4. Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) de Guatemala, «Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria», disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf>

Precisamente, ciertas personas con quienes se presume que se tiene un fuerte vínculo afectivo, con quien se desarrollan lazos de cooperación y de convivencia, es entendible que tengan a su cargo ciertos deberes, entre ellos, el alimentario. Ahora bien, el interrogante abierto gira en torno a qué tipo de relación familiar o hasta qué grado de parentesco la norma debería establecer tal obligación y, más aún, si por fuera del parentesco y de las relaciones familiares, sería pertinente reconocer o extender tal compromiso legal ante situaciones de extrema vulnerabilidad. Es aquí donde el concepto de socioafectividad adquiere un papel preponderante en el derecho de las familias, como se analizará en breve.

En este marco es importante divisar que la obligación alimentaria forma parte del género «asistencia» y que encierra una doble faceta derecho humano/derecho civil y derecho personal/derecho patrimonial o económico y, como tal, interactúa con tres nociones que son clave en el derecho de las familias; tomándose el siguiente gráfico como punto de partida o cimiento para la revisión crítica del derecho alimentario de hoy:



2.2. Socioafectividad⁵

Como se ha adelantado colocando como ejemplo el texto del Código de las Familias cubano, la socioafectividad constituye una noción que ha tomado protagonismo en los

5. Vastísima es la bibliografía existente en torno a este concepto, solo a modo de recomendación se cita la siguiente bibliografía: GIL DOMÍNGUEZ, A. y HERRERA, M., «La familia interespecie», *Rubinzal Online*, Cita: 680/2022, 2022; SALITURI AMEZCUA, M.; SILVA, S.A.; VIDETTA, C. A. y NOTRICA, F. P., «El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental», *Rubinzal Online*, Cita: 697/2022, 2022; HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y BEGUIRISTAIN, C.D., «Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: Perspectiva crítica», *Rubinzal Online*, Cita: 702/2022, 2022; BEGUIRISTAIN, C. D. y FONOLLOSA, R., «La prohibición

últimos tiempos. ¿Qué lugar ocupa el afecto en el ámbito jurídico? ¿Cómo valorar el grado de afectividad para considerar que es suficiente a los fines de su impacto o reconocimiento en la esfera jurídica? En otras palabras, cuánto de afecto, de convivencia, de cotidianidad debe estar presente para que el silencio legislativo se vuelva insostenible o, en términos jurídicos, inconstitucional. Este constituye una de las tensiones más profundas y complejas que presenta el derecho de las familias.

Veamos, Dutto, quien, parafraseando a Carver al preguntarse «De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad», señala que:

«Su peculiaridad consiste –como su grafía lo significa– en que dos son los elementos básicos formadores y que interactúan: lo social y lo afectivo. Un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (la afectividad) 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 ellas a modo y semejanza»,

agregándose que: «Se ha producido la llamada ‘desencarnación’, el debilitamiento del elemento carnal o biológico, en beneficio del elemento psicológico y afectivo» y, por lo tanto, concluye que: «Bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legítima»⁶.

Dimensionar el valor expansivo y complejo que encierra la noción de socioafectividad ha sido, en gran medida, por el obligado enfoque de derechos humanos que ha atravesado el derecho civil en los últimos tiempos, en especial, el derecho de familia a tal punto de pasar del singular al plural. No se trata de una letra de diferencia y agregarle al final una «s», sino de reconceptualizar un término sociológico e intrínsecamente dinámico como es el que nuclea a las relaciones familiares como típicos vínculos signados por el afecto, más allá de los lazos de sangre y del parentesco. ¿Acaso no es posible tener un vínculo afectivo más fuerte con mi mejor amiga y con quien comparto proyectos laborales que con mi hermana quien se fue a vivir al exterior y solo me conecto por videollamada cada tanto para saber en qué anda cada una?

legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho», *Rubinzal Online*, Cita: 346/2023, 2023; MOREIRA, M. C., «De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental», *RDF* 2022-VI, 211, Cita: *TR LALEY AR/DOC/3036/2022*, 2022 y HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición?», *LA LEY* 11/10/2022, 1, *LA LEY* 2022-E, 590, Cita: *TR LALEY AR/DOC/2923/2022*, 2022.

6. DUTTO, R.J., *Socioafectividad y derechos*, Astrea, 2022, p. 51.

En este contexto, fácil se puede dimensionar que la socioafectividad en alianza con el principio de solidaridad familiar –desde un sentido amplio y plural de familia– tiene un impacto directo en los conflictos alimentarios que se desarrollan en el campo de las relaciones de familia o, en palabras del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del denominado derecho a la vida familiar.

Más aún, es dable destacar las dos caras contrapuestas de la socioafectividad, tanto en su faz positiva (el vínculo de afecto efectivamente consolidado) como en la negativa: la decisión informada de no querer insertarse en determinado grupo familiar, es decir, la falta o carencia de afecto como otro elemento central para resolver diversas conflictivas familiares. Ambas tienen una incidencia directa en materia alimentaria, ya sea para plantear el reconocimiento legal de ciertos vínculos afectivos *de facto* como acontece con las uniones convivenciales o las convivencias de pareja, como para esgrimir planteos judiciales de extensión de la obligación alimentaria con quien no se tiene un vínculo jurídico de parentesco, pero observa un fuerte lazo afectivo.

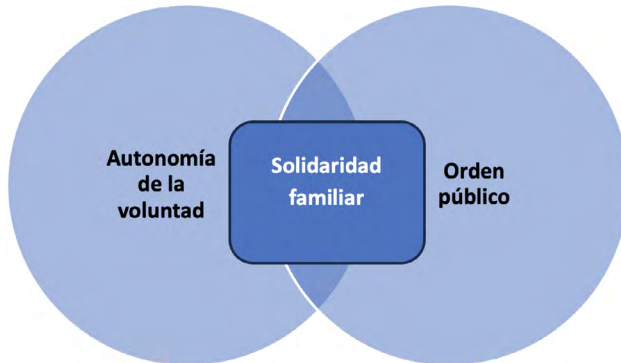
Como cierre de este apartado general concentrado en los elementos estructurales y estructurantes de la socioafectividad consignados de manera sintética, es necesario traer a colación una realidad que cada vez va teniendo mayor envergadura en el derecho de las familias. Nos referimos a las denominadas familias pluri o multiparentales, es decir, aquellas que colocan en jaque el binarismo filial y, por lo tanto, reconocen tres o más vínculos filiales. ¿Cuál es la razón por la que se alude a esta cuestión al abordar la socioafectividad? Sucede que en la gran mayoría de los planteos que se han esgrimido en el derecho argentino en el que se ha reconocido una triple filiación –hasta la actualidad, se contabilizan un total de 40 casos, dos resueltos en el ámbito administrativo y los 38 restantes en la justicia– encierran situaciones fácticas donde la socioafectividad es determinante. En el campo de la filiación biológica o por naturaleza, suelen ser supuestos de niños/as que han sido reconocidos o por aplicación de la presunción de paternidad mantienen un vínculo jurídico y afectivo con quien después de varios años se advierte que el padre biológico es otro con quien también empiezan a tener una relación afectiva. ¿Es necesario desplazar al padre jurídico no biológico para emplazar al biológico hasta ahora no jurídico? La doctrina y la jurisprudencia argentina hace tiempo vienen priorizando los afectos por sobre la limitación binaria legal fundado en varios argumentos que inclinan la balanza en favor de la pluriparentalidad: la socioafectividad, el derecho a la identidad dinámica como estática y el interés superior del niño como pilares; excepto en una oportunidad que involucra la filiación de una persona mayor de edad en el que también se hizo lugar a la petición no fundado en el principio rector en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes sino, fundamental y principalmente, en la sólida e ineludible socioafectividad⁷.

7. Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado de Familia y Violencia Familiar Lujan de Cuyo Nro. 10, Mendoza, 01/02/2024, «P., J.N. y P., J.A. c/ A., H.R. p/ acción de filiación», inédito.

2.3. Solidaridad familiar

Otro de los principios centrales para repensar las obligaciones alimentarias –y gran parte de los conflictos actuales más desafiantes del derecho de las familias– es la solidaridad familiar.

Se trata de un principio que habría venido a colocar equilibrio a una tensión ancestral que siempre ha estado presente en la regulación de las relaciones de derecho como lo es el de la autonomía de la voluntad vs orden público. Es más, a nuestro entender, la solidaridad familiar sería uno de los argumentos más sólidos para reconvertir tal supuesta tensión en un complemento: autonomía de la voluntad y orden público, en el que tal compatibilidad giraría en torno a la solidaridad familiar. En términos gráficos se lo observaría del siguiente modo:



¿Por qué no sería posible pactar entre dos progenitores que uno no se hará cargo del cuidado, crianza y alimentos o uno de ellos renunciar a alguno de estos deberes que involucra la responsabilidad parental? Precisamente, la autonomía de la voluntad tiene un límite que establece la ley fundado –entre otros– en el principio de solidaridad familiar. Es por ello que la ley no solo considera que una cláusula en este sentido sería nula, sino que además impone como el Código Civil y Comercial argentino que: «Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental» (art. 704 del CCyCN). No por casualidad las relaciones jurídicas que se derivan del vínculo filial o el cúmulo de derechos y deberes que genera estos lazos afectivos y jurídicos se denomina en la legislación argentina «responsabilidad parental». Sucede que el tener hijos/as encierra una decisión que, como tal, genera responsabilidad y, a la par, solidaridad con todas o hacia aquellas personas con quien se tiene un vínculo familiar. ¿Qué se entiende por familia? Justamente, referirse a la solidaridad familiar como concepto jurídico indeterminado, implica estar a la zaga de los avances en la conceptualización de un término eminentemente sociológico y dinámico como son las familias, el que hace tiempo –tal como ya se ha explicitado de

manera sintética– se encuentra atravesado por el pluralismo y en el que la noción de socioafectividad habría venido a tensionar, complejizar y, a la par, ampliar más aún.

Más allá de estas actualizaciones e interacciones con otras nociones, lo cierto es que la solidaridad familiar constituye la base o fundamento jurídico-humano por el cual la ley establece ciertos límites y/o derechos y deberes en favor de ciertas personas con quienes se mantiene una relación familiar, en especial, las que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad que pasamos a sintetizar en el próximo apartado cuan dominó en el que se mueve una pieza y se modifican otras.

2.4. Vulnerabilidad

La vulnerabilidad, o vulnerabilidades en plural para ser más precisos en la pluralidad de situaciones que pueden dar lugar o configurar este término, constituye un elemento clave para dimensionar y analizar la conflictiva jurídica que se trate desde el obligado enfoque de derechos humanos. En este marco, es posible que una disposición legal sea constitucional, pero cuando ella es confrontada con la realidad atravesada por fuertes carencias, debilidades o complejidades, pueda resultar injusta. ¿La razón? Es que las normas suelen estar pensadas en un contexto de igualdad, sin embargo, hay una gran cantidad de categorías que son básicas para repensar esa noción como ser la edad, el género, la raza, las condiciones materiales, entre otras que obligan a repensar esa igualdad y a requerir del sistema jurídico respuestas más acordes a la realidad o conflictiva planteada.

Para avanzar sobre la vulnerabilidad y su lugar protagónico en el derecho contemporáneo –también en el campo del derecho de las familias– es dable traer a colación las denominadas Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en Condición de vulnerabilidad actualizadas en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, en que, justamente, se exponen las diversas situaciones de vulnerabilidad desde la óptica o la preocupación por el acceso a la justicia.

En este documento que algunos tribunales, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, han adoptado por acordado (N.º 5/2009), establece en su Sección 2da dedicada a conceptualizar a «las personas en situación de vulnerabilidad» que:

«(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos

reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico»⁸.

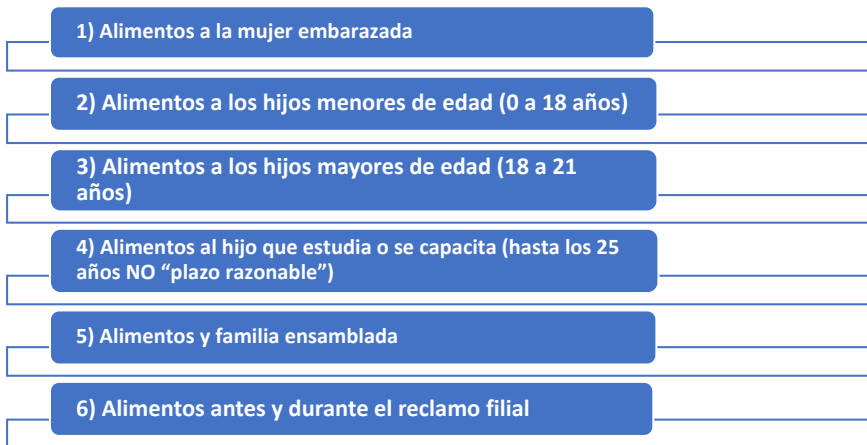
¿Cuál es el interés de la noción de vulnerabilidad en las obligaciones alimentarias? Al respecto, es dable recordar que también se la denomina asistencia material y que constituye un derecho humano que interactúa con el derecho a la calidad de vida y a una vida digna. Así, los alimentos de progenitores e hijos/as constituyen un deber *sine qua non* para los primeros, en cambio cuando estos llegan a la mayoría de edad tal obligación podría ceder en algunos supuestos –cuando los/as hijos/as cuentan con la posibilidad de proveerse su sustento económico– o, incluso, extinguirse el derecho alimentario en el marco de las relaciones familiares excepto en situaciones de extrema necesidad, es decir, de vulnerabilidad. Esto es lo que acontece en materia de alimentos entre parientes o en las relaciones entre adultos, básicamente, alimentos posdivorcio o ruptura de la unión en aquellos sistemas jurídicos que se extiende el régimen del matrimonio a las parejas no casadas en lo que respecta a los alimentos tras el cese del vínculo de pareja jurídico y afectivo. Por lo tanto, la situación de vulnerabilidad –sea por enfermedad o necesidades económicas– constituye un elemento determinante para activar la obligación alimentaria en relaciones de familia cuyo deber ya había cesado. Como se puede observar, ocupa un lugar central en el tema en estudio y de allí el interés de dedicarle un apartado propio junto a la socioafectividad y la solidaridad familiar. ¿Puede el sistema jurídico desentenderse de las personas que se encuentran en situaciones de extrema necesidad? ¿Qué rol ocupan aquí las relaciones familiares? ¿Y aquellos que no son parientes o no han estado vinculados por ninguna figura jurídica familiar, pero que tienen lazos afectivos significativos, podrían ser demandados por alimentos, o se los podría conminar a solventarlos económicamente? ¿Y si el posible alimentante se encontrara también en una situación de vulnerabilidad? Estos son algunos de los tantos interrogantes que se desprende al colocar sobre el escenario y como base la interacción entre asistencia, socioafectividad, solidaridad familiar y vulnerabilidad; cimientos para repensar las obligaciones alimentarias desde un enfoque contemporáneo.

8. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril 2018, Quito-Ecuador), disponible en <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

3. ALIMENTOS Y RELACIÓN P/MARENTAL: UN ENFOQUE CONTEMPORÁNEO

3.1. Introducción

Concentrados en el derecho argentino que es el lugar de pertenencia de quien escribe este ensayo, es necesario destacar que la obligación alimentaria en el ámbito de la responsabilidad parental, es decir, vinculado a la relación entre progenitores e hijos/as encierra diversos supuestos a la luz de lo previsto en el Código Civil y Comercial argentino tal como se refleja en el siguiente gráfico:

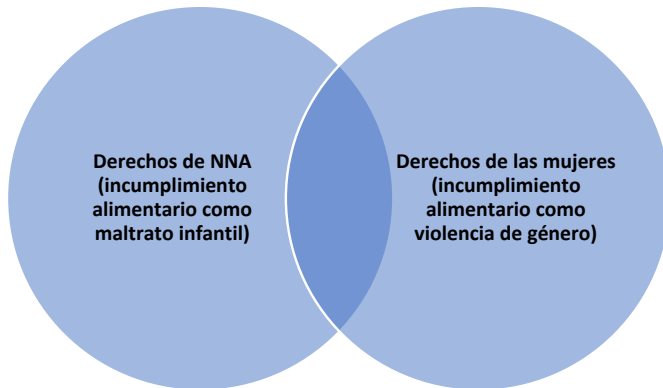


Si bien excede los objetivos de este ensayo ingresar en el análisis de cada una de estas causas fuente alimentaria en lo vinculado a la relación paterno-filial, lo cierto es que en el ámbito donde más ha tenido repercusión, interés y ha obligado a revisar ciertas reglas tradicionales de la obligación alimentaria ha sido en este campo de la responsabilidad parental. Ha sido en este marco en el que la solidaridad familiar y la socioafectividad han tenido un peso determinante para revisar ciertas situaciones en el que la regulación debía ponerse en jaque y es aquí en el campo que nos concentraremos, no sin antes exponer algunos avances y modernización hábiles para desplegar un enfoque contemporáneo como lo es avizorar que el incumplimiento alimentario hacia los hijos/as, en general, por parte de los progenitores varones no convivientes, no solo constituye una situación de violencia o maltrato hacia estos, sino también una violencia económica de género contra la mujer/madre en quien recae, en definitiva, la carga de hacerse cargo del cuidado y alimentación de los/as hijos/as, debiendo ella resignar su desarrollo personal y profesional. Dado los avances doctrinarios y jurisprudenciales en este sendero que se han dado en el derecho argentino, se entiende que merece dedicarle un apartado propio y así se hace a continuación.

3.2. Incumplimiento alimentario y violencia económica de género

La interdependencia de los derechos humanos nos obliga a tener una mirada sistémica e interseccional sobre la gran mayoría de los problemas que atañen a las relaciones de familia. Justamente, se trata de relaciones, de interacciones en que no solo es importante lo individual de cada extremo del vínculo, sino la propia dinámica que genera tal vinculación. Es por ello que no se trata de confrontar el enfoque de infancia con el de géneros, sino, por el contrario, de advertir la riqueza que proporciona cada uno de ellos a tal punto, en algunos conflictos, entender su complementariedad y así dimensionar las diversas facetas que encierra una problemática como es la obligación alimentaria y en especial, lo relativo a su incumplimiento cuando involucra a personas menores de edad a quienes les cabe un plus de protección al tratarse de personas en pleno desarrollo madurativo y la aludida vulnerabilidad que los atraviesa.

Desde esta óptica, hace tiempo que se viene observando el siguiente esquema que amplifica la mirada y estudio sobre los alimentos en las relaciones de familia:



Tan es así que en la Argentina la Dirección de Género del Ministerio de Economía que estuvo en el gobierno en el periodo 2019-2023, creó el denominado «índice de crianza» que como bien se ha conceptualizado en un fallo del Juzgado de Familia nro. 5 de La Matanza de fecha 24/11/2023⁹: «El Índice Crianza es un instrumento que permite contribuir a la organización y planificación familiar y a la gestión de los cuidados. Es un valor de referencia para saber cuánto destinan las familias a alimentar, vestir, garantizar vivienda, trasladar y cuidar niños, niñas y adolescentes. Su implementación estará a cargo del INDEC¹⁰. Se trata de una herramienta que en materia de datos y estadísticas

9. Juzgado de Familia N° 5 de La Matanza, Buenos Aires, 24/11/2023, «L. G. V. c/ P. A. s/ alimentos», elDial.com-AADC3C.

10. Para profundizar sobre este índice se recomienda compulsar: CARTABIA GROBA, S. y HERRERA, M., «Reavivando el necesario debate sobre el incumplimiento alimentario. Los usos de la Canasta

es pionera, ya que constituye el primer dato oficial de este tipo a nivel continental» y «Posibilitará prever la gestión y el costo de los cuidados. Por esto, resulta útil para distribuir los gastos de crianza de forma más igualitaria, especialmente en los procesos de separación de las parejas o luego de la separación. Además, permitirá fortalecer estrategias orientadas a la prevención de la violencia económica y a democratizar los cuidados desde una perspectiva de género. (<https://unlp.edu.ar/institucional/ddhh/presentacion-del-indice-de-crianza-en-la-unlp-68613/>)». Este índice se compone de un número que se actualiza integrado por dos variables: costo de bienes y servicios y costo de cuidado diferenciándose en diferentes etapas etarias: menores de un año; de uno a tres años; 4 a 5 años y 6 a 12 años, es decir, se concentra en la franja que según el CCyC se denomina niños/as (conf. art. 25).

¿Cuál es la razón por la cual esta herramienta de medición podría ser de utilidad para dimensionar el valor económico del deber de contribución en el hogar si hubiera algún conflicto al respecto? En primer lugar, cabe recordar que el deber de contribución se relaciona con la valoración del trabajo en el hogar tal como se lo explicita en el último párrafo del art. 455 del Código Civil y Comercial argentino (CCyCN) vinculado a la regulación del régimen de bienes en el matrimonio (por analogía a las uniones convivenciales en el art. 520 del CCyCN) y también en el art. 660 del mismo cuerpo normativo que introduce un reconocimiento central desde la obligada perspectiva de género al disponer que: «Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención». De este modo, la legislación civil toma nota que las políticas de cuidado siguen estando en cabeza, principalmente, de las mujeres y que esta realidad social debe trasladarse al analizar la obligación alimentaria. En otras palabras, que el cuidado y la dedicación al hogar que brindan las madres constituye el «pago en especie» a la obligación alimentaria que le cabe y, por ende, el otro progenitor deba ser quien abone una cuota alimentaria.

Regresando al índice de crianza que constituye una herramienta muy interesante en el campo de los alimentos y la responsabilidad parental, no solo se ocupa del costo de los bienes y servicios que insumen los/as hijos/as, sino que también visibiliza el costo de los cuidados, siendo esto una de las grandes conquistas feministas en el ámbito del derecho de las familias.

Por lo tanto, dimensionar que el incumplimiento alimentario no solo constituye un maltrato hacia los/as hijos/as, sino también una situación de violencia de género económica ha sido fundamental para amplificar y modernizar la mirada sobre los alimentos en la responsabilidad y, a la par, tomar nota sobre la gravedad de esta problemática y

de Crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia como punto de inflexión», *LA LEY* 04/09/2023, 1, *LA LEY* 2023-E, 22, *EBOOK-TR* 2023-2 (Dossier), 4, Cita: *TR LALEY* AR/DOC/2123/2023, 2023 y *BEGUIRISTAIN*, C.D. y *FONOLLOSA*, R., «La canasta de crianza: algo más que un índice», *Rubinzal Online*, Cita: 706/2023, 2023.

la urgencia en la búsqueda de diferentes herramientas hábiles para mitigar esta violación de derechos humanos.

3.3. Extensión de la obligación alimentaria a deudores «anómalos»

El CCyCN adopta como base para regular los elementos estructurales de la obligación alimentaria el título referido al parentesco, por lo tanto, en principio se aplican las reglas generales que allí se establece, excepto que, al dedicarse a la responsabilidad parental, el matrimonio o las uniones convivenciales se disponga otra cuestión, por lo tanto, ahí aplica el régimen especial sobre el general.

Entonces, al referirse a los alimentos derivados del parentesco, dispone en el art. 537 del CCyCN que: «Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado»; agregándose en el articulado siguiente, el 538, que: «Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado».

La obligación alimentaria por ascendientes, en particular, los/as abuelos/as será abordada más adelante para señalar algunas particularidades. Ahora bien, en lo relativo a los alimentos entre parientes, es sabido que se trata de una obligación alimentaria subsidiaria siempre cuando compromete a personas mayores de edad. El interrogante clave acontece que sucede cuando los destinatarios son personas menores de edad y a la luz de lo previsto en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que expresa en sus dos primeros apartados: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño». Como se puede observar, aquí se alude de manera general «u otras personas encargadas del niño», sin realizarse una enumeración o «jerarquía» de obligados, excepto con relación a los progenitores que son los obligados principales. Esto ha abierto un debate en la doctrina y jurisprudencia argentina en torno a si es posible establecer una cuota alimentaria a cargo de un familiar que no sea los que están expresamente mencionados en los arts. 537 y 538.

Al respecto, es interesante traer a colación lo resuelto por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Entre Ríos, en fecha 26/05/2022¹¹ en

11. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Gualeguaychú, Entre Ríos, 26/05/2022, «F. D. P. c/ M. F. A. s/ Alimentos», Id SAJ: FA22080028.

el que se hizo lugar al reclamo alimentario contra el tío paterno. Aquí en primera instancia se había rechazado tal pedido fundado en la interpretación literal del art. 537 y así concluir que: «el orden legal de los sujetos activos y pasivos del derecho/obligación a prestar alimentos (...) no alcanza a los tíos o sobrinos». Esta sentencia es apelada y el caso llega a la Cámara que revoca fundado en los siguientes argumentos:

- «Que era desacertada la premisa sentencial relativa a que la ausencia de previsión legal vedaba el reclamo, siendo que tenía sustento en la solidaridad familiar entre parientes, y que debía considerarse la actitud del progenitor y la realidad económica de la madre, como la ausencia de abuelos paternos, y de hermanos mayores a quien reclamarle».
- «Ciertamente el art. 537 del CCC no incluye de modo expreso a tíos y sobrinos en la enumeración de los parientes que se deben asistencia recíproca, pero su descripción no es taxativa, sino enunciativa y debe interpretarse teniendo en cuenta los principios de solidaridad familiar y el interés superior del niño».
- «La solidaridad familiar es un principio general del derecho de las familias que junto al interés superior del niño otorgan fundamento suficiente para que el tío, como integrante de la familia, responda por los alimentos de su sobrino menor de edad».
- «Insisto con que la ampliación de los legitimados pasivos se justifica en el caso conforme a los principios referidos, en función de la plataforma fáctica constatada esto es: el progenitor obligado principal ha sido renuente, el cuidado lo ejerce la progenitora afectando sus escasos ingresos, es la abuela materna quien les brinda la vivienda y recursos complementarios, y no hay otros abuelos ni hermanos».
- «Atendiendo el carácter subsidiario de la obligación en estudio, y que no expuso el accionado que exista un pariente más próximo o en mejores condiciones para procurarle alimentos a su sobrino, estando acreditado que el obligado principal no cumple con la cuota alimentaria, cubriendo la abuela materna lo que está a su alcance, resultaba procedente el reclamo contra el tío paterno».

Este fallo observa un voto en disidencia del magistrado Portela que también se expide en favor de la obligación alimentaria por parte del tío paterno sobre la base de otro razonamiento que lo conduce a considerar que el art. 537 es inconstitucional al sostener:

- «Que el art. 537 del CCC, por cuanto no contempla la posibilidad de que un menor pueda reclamar alimentos a quienes conforman lo que se conoce como la “familia ampliada” es inconstitucional, ya que limita de modo injustificado el ejercicio de un derecho que los tratados y convenciones internacionales contemplan; y esta circunstancia no la entiendo pasible de ser salvada mediante la interpretación del concepto de solidaridad familiar».
- «El magistrado de primera instancia concluyó ‘si bien la progenitora en ejercicio del cuidado personal de su hijo se encuentra legitimada para el reclamo alimentario en favor del menor a su progenitor biológico, porción de la sentencia a la cual se accede,

lo cierto es que su propio nivel de ingresos y organización montada con su familiar nuclear imposibilita, en la actual coyuntura, extender la obligación alimentaria a un pariente que conforme legislación interna no se encuentra alcanzado'. (...) según interpreto, lo que el magistrado dijo es que el esfuerzo de F., por rendir frutos, no justifica extender la obligación a tío paterno. Creo que es un pronunciamiento que carece de perspectiva de género».

- «De tal modo, entiendo que el razonamiento del magistrado, por considerar que corresponde eximir a M. debido a que el esfuerzo de F. logra el cometido de 'alimentar' a B. D., si bien lógico, es injusto. El costo de lograr ese cometido es el sacrificio personal de F. a un grado que no puede admitirse, ya que carece, como expresara, de vida propia, derecho humano relacionado con la dignidad personal. Si bien es una realidad que la señora F. no es la primera mujer que cría sola un hijo ni será la última, lo cierto es que se cuenta con la posibilidad de mejorarle un poco su vida a un costo relativamente bajo, como es mediante la participación de M. en la crianza de su sobrino. Por lo tanto, propone declarar inconstitucional el art. 537 del CCC y revocar la sentencia de primera instancia».

Por lo tanto, más allá de los diferentes modos de razonar, lo cierto es que ambos caminos conducen a la misma solución: hacer lugar al pedido de extensión de la obligación alimentaria a un pariente que no es lo que está expresamente reconocido como obligado en la legislación civil vigente, destacándose que ambos colocan en el centro de la escena el principio de solidaridad familiar, sin entrar a indagar la existencia o no de socioafectividad entre el sobrino y el tío paterno.

3.4. Un supuesto especial: guarda, socioafectividad y adopciones frustradas

Uno de los conflictos más álgidos y complejos que se observa en el campo de la adopción compromete las denominadas «devoluciones»¹², mostrando a través de este término que los/as niños/as siguen siendo considerados en la práctica como objetos y no como sujetos de derecho o, desde un término más preciso «procesos excluyentes»¹³, es decir, situaciones en las cuales se comenzaron las vinculaciones con los futuros progenitores adoptivos y estos al tiempo se arrepienten o deciden no continuar con el proyecto

12. Claramente este término cosifica a los niños, niñas y adolescentes, a la par que los expone a un abandono a raíz de la decisión de los guardadores de renunciar o desistir en el camino hacia la filiación adoptiva.

13. Se recomienda compulsar el abordaje que llevan adelante Otero y Videtta al referirse a «Una horrorosa realidad prevenible: los procesos excluyentes» en OTERO, F. Y VIDETTA, C.A., *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes*, Noveduc, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, pp. 341 y ss y BERTONE, M.; CALABRESE, A.M.; GENIS, M.L.; REARTE, P. Y HERRÁN, M., «Adopciones. Procesos excluyentes, una realidad que duele», elDial.com - DC30C2.

adoptivo. ¿Qué impacto tiene esto o qué incidencia en el campo de los alimentos destinados a las personas menores de edad?

Es claro el impacto que ello tiene para los niños, niñas y adolescentes que se ven expuestos a reactualizar situaciones de fracasos y abandonos en el proceso hacia la generación de nuevos vínculos familiares. ¿Qué consecuencias jurídicas se derivan de estas situaciones de extrema vulnerabilidad? Al respecto, en algunas ocasiones la justicia argentina ha reconocido obligación alimentaria en favor de estos/as niños/as por parte de los exguardadores para adopción a los fines de que el impacto de tal interrupción del proceso de adopción tenga el menor impacto negativo en sus vidas. Básicamente, que puedan continuar yendo al colegio que iban, o mantener la cobertura médica por un tiempo, por ejemplo.

El primero de los precedentes que se animó a construir una solución jurídica que no se encuentra expresamente prevista en la ley en atención que no se puede regular situaciones que no deberían darse en la realidad, es el caso resuelto por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín Provincia de Buenos Aires, de fecha 29/09/2015¹⁴, que se inicia con una acción interpuesta por los hasta ese momento guardadores con fines adoptivos de dos niños de 8 y 12 años de edad, por medio de la cual solicitaban –luego de un período de 5 años en el que ejercieron el cuidado y atención de los niños– el cese de la guarda y el desistimiento de la petición de adopción plena.

El Tribunal, si bien hizo lugar a ambos requerimientos y los niños fueron reintegrados a la provincia de Corrientes de donde eran oriundos, dispuso a favor de ambos la fijación de una cuota alimentaria y el mantenimiento de la obra social que hasta ese momento tenían, ya que el «cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños que durante casi cinco años cubrían sus necesidades y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar ‘padres solidarios’ o ‘progenitores afines’ justificado en la solidaridad familiar». Reparándose, así, en la realidad socioafectiva que habían detentado durante varios años esos niños como generadora de responsabilidad y aplicando analógicamente la figura del progenitor afín del CCyCN (art. 676).

Esta situación excepcional también habilitaría la posibilidad de solicitar la reparación de daños, tal como se esgrime en el fallo al decir que: «mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la posibilidad objetiva de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscriptas en el registro central de guardadores con fin de adopción que planean adoptar un niño».

14. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín Provincia de Buenos Aires, Sala I, 29/09/2015, «L. M. A. y otro s/ Adopción - Acciones vinculadas», Id SAU: FA15010088.

Una lógica similar es seguida por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en un fallo del 06/04/2016¹⁵. En este caso, se trata de guardadores con fines de adopción de una adolescente de 15 años a quien dejaron en la sede del Servicio de Protección de Derechos, alegando insuperables problemas de convivencia y decidiendo abdicar de la guarda. En este contexto, dicho servicio adoptó una medida de abrigo respecto de la adolescente y, al remitirla a sede judicial para su control de legalidad, solicitó la fijación de una cuota alimentaria provisoria a cargo de los exguardadores, la designación de un abogado del niño y el apartamiento de las autoridades judiciales intervinientes, ya que se sostuvo que no habían garantizado la protección de los derechos de la adolescente. Al respecto, la Corte resolvió hacer cesar la intervención de las autoridades judiciales asignando nuevas competencias y se ordenó que se provea de inmediato la pretensión alimentaria alegada, fijándose una cuota correspondiente, y que se adopten las medidas de protección necesarias.

En consecuencia, el tribunal interviniente¹⁶, en cumplimiento del imperativo de la Corte provincial de fijar inmediatamente una cuota alimentaria, fundó la responsabilidad de los exguardadores en la comprobación de la existencia de «trato familiar». A partir de ello, llegó a la conclusión de que: «mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad».

En estos casos se aplica por analogía la obligación alimentaria que recepta el CCyCN en favor de los progenitores afines fundado en la noción de socioafectividad. Aquí el comienzo de la vinculación adoptiva generó no solo una expectativa en estos niños y adolescentes, sino también una relación afectiva con la responsabilidad que genera; de allí que ante la deserción en la decisión de adoptar con la consecuente vulnerabilidad que se deriva, obliga al sistema judicial a apelar a la socioafectividad hasta ese momento generada como causa fuente de la obligación alimentaria. Aquí se abre el debate sobre la temporalidad de dicha obligación alimentaria a cargo de los exguardadores. Al respecto, algunos precedentes han adoptado que la obligación alimentaria lo sea por el mismo tiempo que duró la guarda, es decir, el vínculo socioafectivo y otros precedentes, hasta que el/la niño/a vuelva a insertarse en otra familia a través de un nuevo proceso adoptivo.

15. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/04/2016, «A.,F.A., A.,E.J., A., O.E.s/ art. 10, ley 10.067», disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/04/Fallos2324.pdf>

16. Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I, 12/07/2016, «A.O.E s/ vulneración de derechos», La Ley Online: AR/JUR/47937/2016.

3.5. Otro supuesto especial: impugnación de la paternidad y continuación de la obligación alimentaria

Otra situación excepcional que entrecruza alimentos en favor de personas menores de edad y socioafectividad por fuera de los límites que recepta la legislación vigente es el supuesto de desplazamiento filial en el que la sentencia que hace lugar a tal extinción del vínculo dispone, a la vez, el mantenimiento de la obligación alimentaria o de cierta prestación asistencial en favor de quien ya no es más hijo desde el punto de vista jurídico por efecto de tal impugnación filial.

El primero de los fallos que abrió el camino en esta tesitura fue dictado por la Cámara Segunda Civil y Comercial Sala 3 Paraná en fecha 20/02/2017¹⁷.

Se trata de una acción de impugnación del reconocimiento en la que se hace lugar al planteo, pero se mantiene la obligación de mantener la cobertura médica por parte de quien fuera hasta ese momento el padre jurídico. De manera hartó sintética, la jueza de oficio ordena el mantenimiento de la afiliación de la niña en la obra social. El actor apela la resolución, alegando que como la sentencia lo desplaza del vínculo filial no pesaba sobre él obligación alguna. Al correrse el debido traslado a la madre de la niña, esta propicia que se mantenga la decisión en crisis, misma lógica que sigue el Ministerio Público de la Defensa. Por el contrario, el Ministerio Público Fiscal dictaminó a favor de la revocación, en el mismo sentido que lo hizo el apelante.

El caso llega a la Cámara que confirma en lo que importa la sentencia, pero introduce algunas modificaciones al delimitar el alcance de la medida, ajustando sus términos, en el sentido de la subsidiariedad y provisoriedad de la obligación alimentaria del padre aparente. En este punto, dispone que en primera instancia se deberá establecer el plazo prudencial de cumplimiento de la medida, para que la madre y el padre por naturaleza se hagan cargo en forma exclusiva de la obligación. ¿Cuál es el principal argumento legal para esta decisión? La aplicación analógica del supuesto previsto en el art. 676 del CCyC dedicado a los alimentos entre progenitores e hijos/as afines.

A los fines de comprender con mayor precisión lo que se decide en el caso y más allá de que este articulado será materia de análisis en un apartado autónomo dedicado a los alimentos en las familias ensambladas, es dable adelantar que dicho art. 676 dice: «La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia». Tras ello se agrega que la excepción, es decir, el mantenimiento de la obligación alimentaria de manera temporal a pesar de la ruptura de la pareja y la consecuente extinción de la convivencia es posible «si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a

17. Cám. 2da. Civ. y Com., Sala 3, Paraná, Entre Ríos, 20/02/2017, «G. O. V. S. vs. O. C. V. s. Ordinario - Impugnación de paternidad», Rubinzal Online, RC J 1405/17.

las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia».

En este paralelismo interesante que recepta la Cámara siguiendo la postura adoptada en otros precedentes en los que también se ordena mantener determinadas obligaciones en beneficio de una persona menor de edad con quien se mantuvo una relación afectiva como la sintetizada en materia de frustración de un proceso adoptivo, se expone que: «el recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años. Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que serán la madre de la niña y el padre biológico de la niña quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta. Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria, como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del art. 676, Código Civil y Comercial; por lo que en la instancia de grado oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá».

¿Sería posible disponer la continuación de un vínculo filial al solo efecto de que un niño/a sea mantenido en una determinada obra social? Es claro que no se puede defender un vínculo filial solo para que se mantenga subsistente un derecho deber de tinte patrimonial con directa connotación personal como acontece con los alimentos y también podría ocurrir con la vivienda. Ahora bien, el modo provisorio y subsidiario en el que el CCyCN regula el especial supuesto de alimentos entre progenitores e hijxs afines ha sido una herramienta legal de gran relevancia para dar respuesta a otras situaciones fácticas un tanto diferentes a la cual se plantea en la propia normativa. Ello no le quita mérito ni fuerza al art. 676, todo lo contrario, permite vislumbrar las virtudes de interpretaciones fundadas en nociones dinámicas como la socioafectividad; en especial, cuando están comprometidos derechos de personas menores de edad en situaciones de extrema vulnerabilidad además de la propia por su minoría de edad.

También merece destacarse la construcción legal convencional-nacional que se realiza en el fallo al afirmarse que: «se evidencian dos fuentes convencionales y legales que permiten sostener tal resolución: una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad, viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector. Así, por un lado, la Convención sobre los Derechos del Niño menciona la figura de los guardadores, como aquellas personas que cuidan del niño, o que sean responsables de su mantenimiento (arts. 23, 26 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño); y, por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, y especialmente, de los niños con discapacidad (arts. 4 y 7, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Asimismo, existen normas nacionales en igual sentido aplicables al caso, como lo es la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061 y su Decreto Reglamentario 415/2006), que plasma un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas

vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad».

Pero el argumento más contundente e interesante en nuestra opinión al revalorizar una noción que debería ser central en el derecho de las familias es la alusión a la prevención. En este sentido, se asevera que:

«El Código Civil y Comercial de la Nación, ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados. Por ello, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder al haberse ordenado de oficio tanto a la madre biológica como al actor –cuya paternidad fue impugnada– que arbitrarán los medios tendientes a mantener y garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta, toda vez que lo único que se ha dispuesto es que continúe con la obligación con la que cumplía hasta la fecha del inicio de las actuaciones. Por otra parte cabe recordar que en «Furlan» de la CIDH señaló que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos. En el caso, el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en donde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que queda la menor. En definitiva, los deberes del recurrente para con quien hasta la sentencia era legalmente su hija, no concluyen, pues queda ahora igualmente alcanzado por el campo de irradiación de los deberes familiares, y por aplicación del principio general de no dañar a otro».

Este precedente ha tenido una gran cantidad de comentarios a favor. Al respecto, Fico y Kerszberg se refieren a la responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de niños/as y adolescentes, responsabilidad que se deriva de la conducta que asumen los propios adultos¹⁸. Por su parte, Galli Fiant afirma que: «no se trata de la creación pretoriana de un deber alimentario, que como tal debería comprender lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación de la beneficiaria (art. 541 CCC). Es una prestación asistencial de objeto acotado a la cobertura de una obra social, no exclusiva en cabeza del progenitor desplazado, y transitoria. Y se puede hacer cumplir compulsivamente, como toda sentencia. En definitiva, implica la imposición de un sacrificio económico razonable con un beneficio significativo para la menor de edad con discapacidad» y concluye que: «Esta respuesta jurisdiccional es un ejemplo de tutela judicial efectiva y actuación oficiosa, en el marco de una impugnación de la paternidad extramatrimonial»¹⁹.

18. FICO, D. y KERSZBERG, N., «La responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de los niños», DFyP 2018 (febrero), 06/02/2018, 73, Cita Online: AR/DOC/2091/2017, 2017.

19. GALLI FIANT, M.M., «Asistencia transitoria para una niña, luego de la impugnación de la paternidad», LLLitoral 2017 (julio), 26/07/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/1073/2017, 2017.

Por su parte, Guilisasti²⁰ destaca del voto de la magistrada Marrama «una cuestión compleja: el rol del juez y la función preventiva» y resaltando que al respecto se «realiza una exhaustiva apreciación del llamado activismo judicial en manos del juez con responsabilidad social (...) 'El principio de congruencia cede ante cuestiones que revisten interés público, cuestiones que escapan al ámbito de aplicación del principio dispositivo'; y en este mismo sendero, considera que: «'la medida judicial no tiende a evitar la reparación de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso' (lo que hubiese puesto en tela de juicio el principio de congruencia externo subjetivo), pero la consideramos mandato preventivo en tanto, de oficio, se sacrifica el principio dispositivo y de congruencia procesal externo objetivo en cuanto a las peticiones de las partes, ordenando la continuidad de una cobertura de salud por ellas no peticionada». Otro de los aspectos que destaca la autora en su comentario a fallo gira en torno a la limitación que impone la Alzada a la obligación de cobertura fundado en el paralelismo que se hace a lo dispuesto en el art. 676 del CCyC. En este sentido, afirma que:

«La modificación al fallo de primera instancia nos parece acertada, por las características del caso, dado que, de no haber dispuesto un tiempo para el cumplimiento de la obligación a cargo del actor, ésta debería cumplirse sine die. En este aspecto, se destaca que no se hace referencia al conocimiento o no de la verdad biológica, por parte del padre desplazado, al momento de reconocer a la niña. Tampoco se tuvieron en cuenta las pautas de la mencionada norma, como el tiempo de convivencia o las condiciones del obligado. Por lo tanto, se ha considerado la situación objetiva de convivencia con la madre, más el hecho de haber reconocido y tratado como hija a A. M., para aplicar la figura del progenitor afín por analogía».

Un paso más se anima a dar De Lorenzi²¹ cuando de manera más general o profunda expone que el fallo le deja «una sensación agrídulce» ya que más allá del acierto de la resolución, el caso:

«pone sobre la mesa un problema ya antiguo y lamentablemente estructural, como es la ausencia del Estado en la garantía de los derechos y prestaciones fundamentales de las personas. Es a costa de esta asumida discapacidad del Estado administrador que la justicia avanza hacia el reconocimiento de la pluralidad. Quizás sea hora de que vayamos dejando de desnaturalizar este 'pasotismo estatal' y comencemos a exigir el cumplimiento de los compromisos asumidos... ¿es que acaso necesitamos otro Furlán en el haber?».

De manera más actual y a los fines de dimensionar el avance que ha tenido el enfoque de géneros en el derecho argentino y su interacción con otros enfoques como el de

20. GUILISASTI, J., «Una resolución afortunada que aplica nuevos paradigmas», DFyP 2017 (octubre), 17/10/2017, 118, Cita Online: AR/DOC/2089/2017, 2017.

21. DE LORENZI, M.A., «El amor familiar, bálsamo de las personas vulnerables. La solidaridad familiar al auxilio de los derechos fundamentales», RDF 2017-V, 172, Cita Online: AP/DOC/786/2017, 2017.

infancia, es dable traer a colación un caso resuelto por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura del 18/12/2023²². Se trata también de una acción de impugnación de la paternidad iniciada por la madre en representación de su hija menor de edad, en el que se alega que ella convivió con el demandado hasta mediados del 2010, con el que tuvo encuentros y desencuentros en su relación hasta que radicó denuncia por violencia familiar. Que de esa relación tuvieron dos hijos y que la tercera hija quedó embarazada en un período de distanciamiento con el demandado, por lo tanto, esta tercera hija no sería de demandado. Durante la tramitación de proceso se realizó la prueba de ADN, la cual dio resultado negativo, es decir, excluyéndose la paternidad. Ahora bien, la jueza tiene en cuenta no solo la actitud reticente por parte del demandado para la realización de la prueba genética, sino también la violencia sufrida por la actora y la tramitación existente de un proceso por alimentos. Al respecto, expone que: «el hecho de que el Sr. S. no se haya presentado a estar a derecho (sin perjuicio de haber sido notificado de la presente demanda) o no haya colaborado proactivamente en el esclarecimiento de la identidad de la joven D. es violencia y de hecho, es una muestra más de sus conductas sistemáticamente violentas, que responden a estereotipos prehistóricos de género en los cuales existe una preponderancia y jerarquización de lo masculino por sobre lo femenino, objetivizando a la mujer y aun con mayor gravedad si se trata de una niña o adolescente. La omisión del progenitor a colaborar con este proceso tendiente a esclarecer la verdad biológica de la joven, y el desinterés mostrado en el mismo sumado a la violencia que continuaba ejerciendo sobre sus hijas mujeres, es una conducta que no puede ser tolerada, puesto que posiciona la adolescente mujer en una posición de inferioridad y de control por parte de quien la reconoció legalmente como hija». En este marco, la jueza considera que se debe equiparar al demandado –que hasta ese momento había sido el padre legal– a la figura del progenitor afín y proceder a fijar alimentos en favor de quien hasta la sentencia había sido hija siendo que:

«D. es una adolescente (próxima a cumplir sus 18 años de edad) que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad y desprotección, por el hecho de ser mujer, menor de edad y contar con escasos recursos económicos, a lo que debe adicionarse el proceso de duelo que transita desde el fallecimiento de su madre. En este contexto no resulta ajustado a principios de equidad que D. sufra algún tipo de perjuicio como consecuencia del desplazamiento paterno que generará el acogimiento de la acción de impugnación de filiación. A su vez pondero que las implicancias mismas de desplazar al Sr. S. de la relación filial, lo posicionaría en un lugar de comodidad ya que –en principio– no tendría la obligación legal de responder por alimentos, pese a su accionar violento y negligente durante toda la historia vital de D. Entonces, ponderando las particularidades del caso, considero que si bien la acción de impugnación de reconocimiento de filiación, a la que aquí

22. Juzg. Fam., Niñez y Adolescencia IV, Villa La Angostura, Neuquén, 18/12/2023, «M., C. M. vs. S. G., I. H. s. impugnación de reconocimiento», *Rubinzal Online*; RC J 1031/24.

se hacer lugar, generaría –en principio– la extinción de las obligaciones alimenticias del Sr. S. (conf. Art.658 del CCYC y ctes.), no resultaría ello ajustado a una debida perspectiva derechos humanos, de género y de infancia».

¿Qué significa aplicar por analogía la figura del progenitor afín? Revalorizar un vínculo jurídico y afectivo pasado como elemento de peso para sopesar los derechos en pugna. Por lo tanto, si bien se hace lugar a la impugnación de la paternidad, se fija una cuota alimentaria por el plazo de tres años equivalente al 50% del mencionado índice de crianza, ordenando a un banco a que emita la tarjeta respectiva para que la destinataria pueda percibir esta acreencia.

Esta sentencia ha sido analizada de manera satisfactoria por Dracksler y Fernández²³, quienes sostienen que: «a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia dieron solución a las amplias situaciones que se presentaron en el marco de la socioafectividad, entendida como la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo logra un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos (...) La posesión de estado, como realidad sociológica afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción». Siguiéndose esta línea de pensamiento, se concluye que:

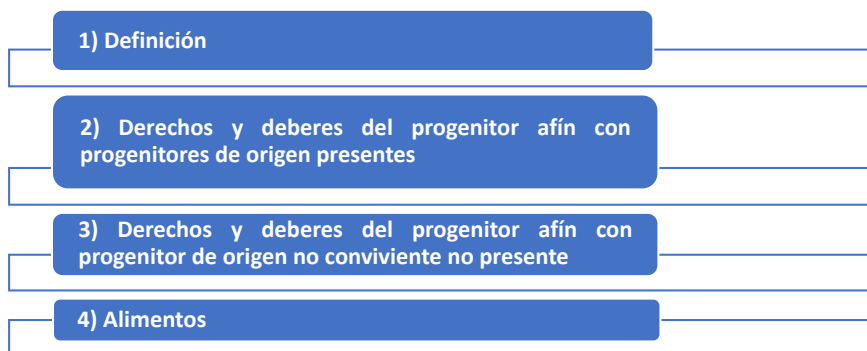
«Si bien la impugnación de reconocimiento de filiación, generaría –en principio– la extinción de las obligaciones alimenticias (conf. art. 658 del CCyC y ctes.), debe apreciarse las particularidades del caso y ponderarse la trascendencia del derecho alimentario, ello en consonancia a una debida perspectiva derechos humanos, de género y de infancia. Sabido es que el derecho alimentario es un derecho humano con rango constitucional derivado del derecho a la vida y la salud, contemplado en tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional después de reforma de 1994 (art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por su parte, la perspectiva de género es un asunto de derechos humanos, obligatorio para los Estados y, en consecuencia, constituye un compromiso central de todo magistrado en cada una de sus resoluciones. La figura del progenitor resulta adecuada de aplicación analógica habida cuenta de que, si un cónyuge conviviente debe, luego de la ruptura, continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de padre».

23. DRACKSLER, M. V. y FERNÁNDEZ, R. N., «Cuando el deber alimentario trasciende el vínculo filial», *Rubinzal Online*, RC D 28/2024, 2024.

3.6. Alimentos y familia ensamblada

3.6.1. Panorama general sobre la regulación del vínculo progenitores e hijos afines en el Código Civil y Comercial argentino

El CCyCN en su Libro Segundo dedicado a las «Relaciones de familia» refiere en su Título VII a la «Responsabilidad parental» y allí, el capítulo 7 regula los «Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines»²⁴. En este contexto, se pueden observar cuatro tipos de regulaciones que se sintetizan en el siguiente gráfico:



La legislación civil argentina recepta un concepto amplio de progenitor afín que se edifica sobre la base de dos consideraciones: 1) la convivencia y 2) progenitor afín casado o no con el progenitor de origen conviviente. Así, el art. 672 expresa: «Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente».

24. Amplísima es la bibliografía específica generada en torno a esta regulación en el derecho argentino. Solo a modo de aporte se recomienda consulta, entre tantos otros: CALÁ, M. F., «La sociafectividad como fuente de vínculos jurídicos de carácter familiar (con especial referencia a la familia ensamblada)», *Microjuris.com*, MJ-DOC-9852-AR, 2016; DÍAZ, E., «De progenitores e hijos afines. Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial. Su impacto en el derecho previsional argentino», *La Ley, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2141, AR/DOC/5328/2015, 2015; FERNÁNDEZ, S. E., HERRERA, M., y MOLINA DE JUAN, M. F., «Familia ensamblada», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial*, (directoras Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 579 y ss.; GALATI, S. A., «La responsabilidad del progenitor afín frente a terceros», *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, (240), AR/DOC/2718/2019, 2019; NOTRICA, F., «El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas», *Responsabilidad parental. Derecho y Realidad. Una perspectiva piso-socio-jurídica* (directora Grosman, C. P. y coordinadora Videtta, C.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 285 y ss.; NOTRICA, F. y MELON, P. E., «El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas», *La Ley, Revista de Derecho de Familia* (72, 171), AR/DOC/5388/2015, 2015 y VENINI, G., «El progenitor afín y su recepción a nivel jurisprudencial. Especial referencia al derecho alimentario», *DFyP 2017* (septiembre), 54, *TR LALEY* AR/DOC/1838/2017, 2017.

Tras esta definición que establece el ámbito de aplicación personal, se dispone en el art. 673 dedicado a los deberes del progenitor afín que: «El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental». Como se puede observar, la responsabilidad parental está en cabeza de los progenitores de origen, ello no es óbice para reconocer y así valorar que el progenitor afín esté legitimado a realizar actos de la vida cotidiana de la persona menor de edad con quien convive y es hijo de su pareja conviviente –estén o no unidos en matrimonio–. Precisamente, como el rol del progenitor afín es secundario o está en un plano de menor envergadura jurídica que el de los progenitores de origen, la normativa es clara en torno a que si existe algún desacuerdo entre el afín y los progenitores de origen prima lo que decidan estos últimos.

Ahora bien, hay situaciones en las cuales el progenitor afín ocupa o puede ocupar un lugar de mayor presencia en la vida del hijo afín. Es el caso de aquellos niños y niñas cuyo progenitor no conviviente no observa una función activa en la vida de su hijo o hija, ya sea por decisión propia o por ciertas limitaciones externas como ser razones laborales temporarias o problemas de salud. En estos supuestos la legislación civil argentina permite la delegación del ejercicio –no de la titularidad– de la responsabilidad parental del progenitor de origen conviviente a favor del progenitor afín. Así, el art. 674 establece que: «El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente». Como es sabido, la delegación y consecuente desmembramiento de la responsabilidad parental (la titularidad queda en cabeza del progenitor de origen conviviente, pero el ejercicio se traslada al progenitor afín) constituye una decisión que debe tener aceptación por parte del otro progenitor de origen no conviviente ya que es este, en principio, quien debería quedarse a cargo del cuidado de su hijo ante la imposibilidad del progenitor de origen que hasta ese momento estaba a cargo del cuidado del hijo o hija. Si se carece de esta conformidad, el acuerdo de delegación debe ser homologado judicialmente a los fines de controlar tal desmembramiento. ¿Qué casos se pretenden resolver a través de esta disposición? Veamos un ejemplo. Un niño vive con su madre y la pareja de esta; el padre trabaja y vive hace años en otro país. Si bien existe una fluida comunicación con el padre que reside en el exterior, lo cierto es que ante la enfermedad de la madre o por razones laborales temporales, es pertinente en beneficio del hijo la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor afín dado que el niño mantiene su centro de vida y convivencia con este último.

El otro supuesto que prevé la legislación civil argentina vigente se refiere a otra situación fáctica que también denota una fuerte presencia y lazo afectivo entre progenitor e hijo afín y, a la par, ausencia de vínculo entre ese niño y su progenitor de origen no conviviente, por razones extremas. Nos referimos al reconocimiento legal de que puedan ejercer la responsabilidad parental de manera conjunta tanto el progenitor de origen conviviente como su pareja –casada o no–. Así, el art. 675 dispone que:

«En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental».

En esta oportunidad y dada la complejidad de las situaciones previstas, la norma exige la correspondiente intervención judicial. Es dable destacar que este tipo de situaciones podrían dar lugar a la aplicación de otra figura como lo es la adopción de integración, es decir, la adopción del hijo o hija del cónyuge o conviviente del progenitor de origen conviviente. Son dos soluciones bien diferentes ante situaciones en las que el progenitor de origen no conviviente está ausente (muerte y ausencia con presunción de fallecimiento) o declarado incapaz con la estrictez que regula el Código Civil y Comercial a esta figura al entender que puede darse solo «cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador» (art. 32 última parte). En este marco se insertan los alimentos entre progenitores e hijos/as afines que se pasa a analizar en el próximo apartado.

3.6.2. *Alimentos a cargo de los exprogenitores afines*

Como se adelantó, el art. 676 del CCyCN establece que los alimentos a cargo del progenitor afín son subsidiarios, lo cual es pertinente porque es sabido que los obligados principales son los progenitores, y que tal deber se mantiene hasta que cese la convivencia. ¿La razón de ello? Una vez más aparece en escena la fuerza de la socioafectividad. Sucede que la convivencia constituye un elemento fáctico de suma importancia para desarrollar y también demostrar la existencia de vínculo afectivo derivado, justamente, del compartir el día a día. Por eso tal obligación se mantiene durante la convivencia entre progenitores e hijos/as afines. Ahora bien, la norma también prevé una excepción también fundada en la socioafectividad pasada o vivida en alianza con el principio de interés superior del niño y por eso dispone que: «si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de

acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia».

La recepción de la obligación alimentaria subsidiaria se funda, en definitiva, en el principio de solidaridad familiar. ¿Si el progenitor afín realiza compras en el mercado para la provisión de alimentos para su hogar no es dable presumir legalmente que ello también beneficia a los/as hijos/as afines con quienes convive? La respuesta positiva se impone por aplicación del mencionado principio de solidaridad familiar cuan cimientio –entre otros– de la regulación de las relaciones de familia en el derecho argentino y, en general, del derecho de las familias contemporáneo. Ahora bien, como es subsidiaria, es entendible que prime la obligación de los progenitores por sobre este deber, más allá de la convivencia. ¿Y si se produce la ruptura de la pareja y, por lo tanto, se extingue la noción de progenitor e hijos/as afines?

Este interrogante es respondido por el art. 676 al establecer como una situación excepcional que el exprogenitor afín pueda hacerse cargo de una cuota alimentaria, siempre que el cambio de situación –ruptura de la pareja– pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente siendo que el progenitor afín ya venía asumiendo una determinada obligación –por ejemplo, pago de la escuela o de la cobertura médica– mientras convivían y la ruptura intempestiva de la relación entre los adultos lo dejaría en una situación de vulnerabilidad. En estos casos, se podría solicitar la fijación de una cuota alimentaria transitoria en beneficio del hijo o hija afín. Veamos el siguiente ejemplo a los fines de comprender con mayor exactitud el supuesto excepcional que recepta la ley argentina. Una pareja tiene un hijo y, además, uno de los adultos tiene un hijo. Conviven los cuatro integrantes de la familia ensamblada en un hogar en el que ambas personas menores de edad –hermanos unilaterales– concurren a una escuela privada cuya cuota es abonada por el progenitor de origen de uno y progenitor afín del otro. Se produce la ruptura de la unión en pleno período escolar. ¿Es posible que, de manera intempestiva, el exprogenitor afín deje de abonar esa erogación y el niño quede sin educación? Esta vez se impone la respuesta negativa. Quien venía sustentando esa erogación económica deberá sostenerla, al menos, hasta la finalización del año lectivo a los fines de evaluar si los progenitores de origen pueden o no afrontar ese monto o, de lo contrario, realizar las gestiones pertinentes para el cambio a una escuela pública.

Como se ha venido analizando hasta la actualidad, el art. 676 del CCyCN habría tenido otro uso o destino al que se le ha asignado en la legislación civil al ser utilizado para reconocer alimentos en procesos adoptivos frustrados o al mantenerse tal obligación a pesar de la impugnación del vínculo filial. Ahora bien, de manera más reciente, en un caso resuelto por el Juzgado de Familia de Cipolletti en fecha 21/08/2023²⁵ se habría aplicado este articulado en estudio en los términos que allí fue previsto.

25. Juzgado de Familia N5 de Cipolletti, 21/08/2023, «T., M.C. c. A., R.C. s/ alimentos», *TR LALEY AR/JUR/109717/2023*.

Los antecedentes del caso son los siguientes. Se presenta la Sra. M. promoviendo acción de alimentos contra el Sr. R. a favor de la niña N. Relata que la niña es hija de la Sra. V., su hermana y que la niña siempre vivió junto a ella y su pareja de entonces el Sr. R. conformando una familia. La madre biológica de la niña la abandonó en el hospital ni bien dio a luz, y, en consecuencia, se les otorgó la guarda conjunta cuando N. tenía tan solo 18 días de vida. Señala que el 01/12/2014 falleció la progenitora de N. y en la actualidad ella se encuentra separada de R., en virtud de hechos de violencia familiar, en la cual se ordenó la exclusión de hogar. En este contexto, inicia el pedido de alimentos a los fines de obtener una cuota alimentaria acorde que le permita llevar adelante los gastos de manutención y alimentación de N, siendo que ella se ocupa de la crianza de N. hasta que alcance la mayoría de edad. Agrega que ella tiene carencias económicas para poder hacerse cargo de la manutención de N.

Que el demandado por alimentos, el Sr. R., también había sido guardador designado por sentencia judicial junto con la actora y quien mantenía un fuerte lazo afectivo con la niña hasta la separación de los adultos.

¿Qué contesta el demandado? Que la guarda conjunta se había extinguido y, por lo tanto, no había sustento legal para tal reclamo alimentario. Que, desde el momento de la exclusión del hogar, la Sra. M. se había ocupado de cortar todo contacto de él con la niña y que por eso no habría podido continuar participando de su crianza y vida cotidiana. Que no es el progenitor, tampoco el guardador, ni un pariente, ni progenitor afín, por lo cual no habría causa fuente para solicitar alimentos.

Qué dice el tribunal. En primer lugar, se refiere a la legitimación pasiva. Al respecto, se señala que, a los fines de brindar una respuesta a esta cuestión, corresponde valorar otros elementos, y entre ellos, se refiere de manera principal a la socioafectividad. En este sentido, se afirma que el demandado había asumido una conducta jurídicamente relevante, que consistió en tratar a N. como hija suya, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar, por ello «considero que mal puede posteriormente, producida la separación de hecho con su pareja, pretender el amparo de la ley de una actuación posterior incompatible con aquella», agregándose que: «Cobra relevancia el reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones familiares que ha dado lugar a la conformación de nuevas realidades familiares y origen a derechos y obligaciones entre sus miembros, y a su debido reconocimiento y amparo normativo». Es decir, que:

«El Sr. R. ha asumido el cuidado de N. desde su temprana edad. En su oportunidad ejerció el cargo de guardador de la misma y ha desempeñado el rol de padre de crianza y del corazón de la misma. Desde que se produjo la separación de hecho con la Sra. M. el Sr. R. se ha desentendido de la obligación alimentaria, no aportando suma alguna desde entonces, en el entendimiento que desde la separación no tiene vínculo alguno con N., situación esta que, de continuarse, puede ocasionar grave perjuicio al desarrollo de la niña».

En este marco fáctico y en cuanto al encuadre jurídico «que corresponde otorgarle a la obligación alimentaria en cabeza del Sr. R. surge de su reconocimiento como figura de

'progenitor a fin' de N. que regulado en los art. 672 y cctes del CCCN, prescribe además en forma amplia, los derechos y deberes de los hijos y de los progenitores afines, entre ellos: la obligación alimentaria».

Sobre la subsidiariedad de los alimentos se sostiene que: «La obligación alimentaria carga no solo sobre el padre/madre que convive con su hijo menor de edad, sino también, sobre el progenitor no conviviente, de allí que la obligación alimentaria del progenitor afín es de carácter subsidiaria, por lo cual no deberá cumplir la obligación alimentaria, sino ante la ausencia o la imposibilidad, del obligado principal que es el padre o madre. Dado el carácter subsidiario de la obligación alimentaria, es que simultáneamente deberá acreditarse la necesidad y falta de medios para procurárselos por el obligado principal», focalizándose en que en este caso «N. no tiene filiación paterna y su progenitora ha fallecido, encontrándose desde que se produce la separación de hecho de los Sres. M. y R., al cuidado exclusivo de la Sra. M. quien no cuenta con los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades, debiendo recurrir en ocasiones a la ayuda de familiares».

En lo que respecta al carácter transitorio de los alimentos enmarcados en el art. 676 del CCyC se expresa: «Si el vínculo matrimonial o la convivencia se ha disuelto, la obligación alimentaria del progenitor afín subsistirá si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño o al niño o adolescente alimentado y él había asumido el sustento del hij del otro. Puede fijarse una cuota asistencial transitoria, cuya duración definirá el juez tenido en cuenta la capacidad del alimentante, las necesidades del niño y el tiempo de convivencia, parámetros que deberá valorar a la hora de determinar la misma». Por lo tanto, se destaca que en este caso existió una convivencia efectiva mantenida entre la niña y el Sr. R. de aproximadamente de 11 años y que la niña presenta un retraso madurativo, destacándose así el «doble manto de protección jurídica: ser persona menor de edad y con discapacidad». Por ende, se resuelve hacer lugar a la demanda y fijar una cuota alimentaria equivalente al valor del 20% del salario mínimo vital y móvil, la cual se debe actualizar –dato no menor en épocas de tanta inflación como la que acontece al momento de dictar el fallo en la Argentina– conforme el aumento que vaya sufriendo dicho salario mínimo hasta que la niña adquiera los 21 años.

Como se puede advertir, si bien la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, en el derecho argentino la obligación alimentaria subsiste hasta los 21 años, de allí la extensión dispuesta en el fallo en análisis.

3.7. Medidas ante el incumplimiento: flexibilidad legal

También excede con creces los objetivos del presente ensayo profundizar sobre las diferentes medidas hábiles para lograr el efectivo cumplimiento alimentario en el caso de involucrar a personas menores de edad que es el grueso –teórico como práctico– de la obligación alimentaria en las relaciones de familia; ahora bien, ha sido tal el grado de avance o la creatividad que se ha observado en este campo que amerita dedicarle un apartado a sintetizar el estado del arte en esta materia.

Veamos, el CCyCN dispone en su art. 553 dedicado a «Otras medidas para asegurar el cumplimiento» que: «El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia». Esta normativa fue en su momento muy criticada por algunas voces doctrinarias al considerar que se adoptaba un criterio demasiado flexible y que el/la legislador/a no se animaba a enumerar las medidas posibles que se podrían adoptar ante tal vulneración de derechos como encierra el incumplimiento alimentario. A casi 10 años de la puesta en vigencia del CCyCN, fácil se puede concluir que esta postura amplia adoptada ha sido central para que en este marco se pudiera plantear y disponer medidas de diverso tenor, complejidad e impacto, desde la realización de trabajo comunitario, la quita o suspensión del carnet de conducir, la prohibición de ingresar a un estadio de fútbol o a un club o a un recital de un grupo de música que fuera importante para el deudor alimentario, hasta las medidas más clásicas como embargo, inhibición general de bienes o prohibición de salida del país, entre otras.

A los fines de cumplir con el objetivo de la actualidad o actualización en la materia, se sintetizan dos precedentes que imponen medidas que siguen la lógica novedosa o innovadora que inspira el citado art. 553 del CCyCN.

El primero es un fallo del Juzgado de Paz, Saladas, provincia de Corrientes del 07/09/2023²⁶ en el que se ordena a la Dirección Provincial de Energía de Corrientes que incorpore en la facturación mensual del servicio de luz de titularidad del obligado alimentario «un cargo en concepto de cobro de cuota alimentaria, equivalente al 16% del salario mínimo, vital y móvil (SMVM) vigente al momento de la liquidación, y una vez abonada la factura de parte de la persona referida, proceda a retener y transferir el monto correspondiente, a la cuenta bancaria abierta a la orden de este proceso» y también ordena a la Comisión Vecinal de Saneamiento que incorpore en su facturación mensual del servicio de agua otro 16% del salario mínimo, vital y móvil, es decir, el mismo monto, pero a retener y transferir por parte de esta otra empresa que presta otro servicio, el de agua. Por lo tanto, la cuota alimentaria se podría obtener del «sobrepago» que se cobre de las facturas del servicio de luz y agua, obligándose a estas empresas a que depositen en una cuenta bancaria en favor del acreedor alimentario, la mitad cada uno de la cuota alimentaria fijada.

El otro fallo es más reciente, del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nro. 4 de Corrientes capital de fecha 15/02/2024²⁷ en el que se había procedido a fijar otras medidas conminatorias, las cuales no habían sido efectivas a los fines del cobro alimentario como ser la inhabilitación del carnet de conducir, por lo tanto, al entender que se debía dictar «una medida que logre conmover la conducta adoptada y le permita tomar conciencia de la imperiosa necesidad de sus hijos de recibir el dinero para solventar

26. Juzgado Civil y Comercial de Saladas, 07/09/2023, «S.J.H. c. M.P. s/ Consignación de alimentos», TR LALEY AR/JUR/120881/2023.

27. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N4, Corrientes, 15/02/2024, «O.M.G. c/ V.G.L.D. s/ Alimentos», disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-ninez-y-adolescencia-n-4-corrientes-15-02-2024/>

los gastos diarios como ser alimentos, vestimenta, útiles escolares, esparcimiento, etc» y con el objetivo de remover «todos los obstáculos y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos para el acceso a una vida digna», se dispuso prohibirle al demandado que desfile en una comparsa «hasta tanto se acredite en esta causa el pago total de los alimentos provisorios adeudados», para lo cual se dispone librar oficios al titular del corsómetro y a los organizadores de los carnavales correntinos 2024.

Como se puede observar, normativas flexibles como la disposición en análisis muestran una doble virtud, no solo la posibilidad de abarcar la gran cantidad de situaciones que se pueden dar en cada caso en el cómo bien se podría decir de manera coloquial «cada uno sabe donde la aprieta el zapato» y, de allí, la importancia de dictar medidas acordes con la realidad personal y laboral de cada deudor alimentario, sino también valorar la creatividad y el necesario conocimiento sobre dicha realidad por parte de los/as abogados/as que patrocinan demandas de alimentos.

4. ALIMENTOS Y PARENTESCO: LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS/AS ABUELOS/AS

En materia alimentaria que compromete a personas menores de edad, es decir, en el marco de la responsabilidad parental, los esfuerzos se focalizan en torno a los progenitores en su calidad de principales responsables. Ahora bien, es sabido que no son los únicos y los que aparecen en segundo lugar en la escena son los/as abuelos/as. Al respecto, es amplia a esta altura los estudios teóricos y jurisprudencial en esta temática que también excede los objetivos de este ensayo profundizar al respecto. Lo cierto es que como aquí se pretende redimensionar el lugar que ostenta el principio de solidaridad familiar en los alimentos, nos parece interesante traer a colación una conflictiva en particular. Qué sucede cuando los/as abuelos/as presentan una situación de extrema vulnerabilidad, la cual se suma a la vulnerabilidad propia derivada de la edad y de su complicación en la inserción laboral o la deficiencia del sistema jubilatorio que observan varios países cuyo monto a duras penas llega a cubrir las necesidades básicas de los propios adultos mayores.

El art. 668 del CCyCN se refiere al «Reclamo a ascendientes» y en esa tónica, dispone que: «Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado». Como se puede observar, no es lo mismo ser padre que abuelo, por lo tanto, el principal obligado es el primero y los segundos también les cabe un lugar subsidiario. Ahora bien, en el CCyCN tal subsidiariedad de fondo, no impide que se pueda admitir que en el proceso de alimentos en el que se reclama la obligación al progenitor, también se solicite su extensión ante la imposibilidad o dificultad de cobro a los abuelos en ese mismo trámite, sin la necesidad de que se deba iniciar un nuevo proceso directamente contra uno o más abuelos de manera autónoma con el impacto negativo en su cobro de un derecho en el que la urgencia en su cumplimiento constituye un factor central y clave en cuanto derecho humano a una calidad de vida digna.

Ahora bien, aquí nos concentramos en un precedente, el dictado por la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de San Juan el 21/10/2022²⁸, que involucra un reclamo alimentario contra abuelos paternos quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Básicamente, se trata de una adolescente cuyos padres acordaron una cuota alimentaria en un convenio que había sido debidamente homologado y cuyo progenitor incumple de manera parcial al entregar montos de menor cuantía a lo pactado. Ante esta situación, la madre en representación de su hija solicita la fijación de alimentos provisorios contra los abuelos que significan un 35% del haber jubilatorio.

28. CCCM, Sala 3, San Juan, 21/10/2022, «S.J.A. y otro s/ incidente de alimentos contra abuelos paternos», *Rubinzal Online*, RC J 7066/22.

En primera instancia se rechaza el incidente fundado en la edad avanzada de los demandados, 86 y 82 años, y en las enfermedades irreversibles acreditadas durante el trámite del proceso. Esto es confirmado por la Cámara al considerar que la edad como las enfermedades «son elementos que resaltan la calidad de vulnerables de los demandados». Las Reglas de Brasilia contienen una consideración especial a la vulnerabilidad por edad. La Regla 6 establece: «El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. Además, esta condición de vulnerable de las personas mayores puede verse fuertemente potenciada por inconvenientes de salud, económicos o culturales que agraven su situación».

Este tipo de conflictos permiten advertir la tensión que generan distintas vulnerabilidades y la importancia de sopesar los derechos en pugna como ejercicio interpretativo básico para decidir sobre el principio de solidaridad familiar en acto, es decir, en cada caso.

5. ALIMENTOS Y RELACIONES DE PAREJA

5.1. Algunas consideraciones generales

El CCyCN reconoce como parte ineludible de todo proyecto de vida en común o de pareja –sea matrimonial o convivencial– la obligación alimentaria o asistencia material mientras dure la unión. Ahora bien, el conflicto que cada vez genera más voces críticas gira en torno al silencio legislativo ante la ruptura de la pareja en los casos de uniones convivenciales.

Veamos, en materia de divorcio el CCyCN admite que uno pueda solicitar alimentos posdivorcio en dos supuestos: 1) el caso de cónyuge enfermo cuya enfermedad se ha contraído o desarrollado durante el matrimonio y 2) ante una situación de extrema necesidad (art. 434 del CCyCN). ¿Cuál es el principal fundamento de esta decisión normativa? El reiterado principio de solidaridad familiar. Esta realidad normativa no se aplica ante el cese de la unión convivencial. ¿Es una decisión legislativa justa a la luz del principio de solidaridad? La respuesta negativa se impondría.

Además, es importante a modo de aclaración, destacar que en el derecho argentino se considera se está ante una unión convivencial cuando se está ante una «unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo», agregándose en el art. 510 el deber de cumplir con ciertos requisitos como ser que se trate de: dos integrantes sean mayores de edad (inciso a); no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado (inciso b); no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta (inciso c); no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea (inciso d) y mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (inciso e). ¿Qué sucede si una convivencia de pareja no reúne estos requisitos como ser que uno o ambos integrantes aún esté casado, separado de hecho y no haya iniciado el divorcio o que no hayan tenido un mínimo de dos años de convivencia? En principio, no serían considerados uniones convivenciales y, por lo tanto, no tendrían obligación alimentaria recíproca durante la vigencia de la unión.

Desde otra óptica, es dable señalar que en materia de uniones convivenciales el art. 519 del CCyCN reconoce la obligación de asistencia mutua durante la convivencia, es decir, mientras dure la unión. En palabras de Lloveras y Faraoni, esta previsión que encierra el art. 519 implica, lisa y llanamente, la incorporación «al derecho argentino una nueva fuente legal de la obligación alimentaria: la derivada de la unión convivencial», agregándose que: «la norma recoge el carácter de derecho-deber jurídico de los alimentos entre convivientes, con una fórmula jurídica que rescata tanto la correlatividad interna o funcional como la correlatividad externa o inversa. En el aspecto funcional, significa que simultánea y consustancialmente con el derecho también existe el deber correlativo.

En el aspecto externo, cada titular de derechos-deberes que son inversamente correlativos con los derechos-deberes que tiene el otro»²⁹.

Ahora bien, el debate abierto compromete al silencio legislativo sobre los alimentos posece de la unión convivencial, reflexión que debe ser realizada a la luz del reiterado principio de solidaridad familiar anudado con el de la socioafectividad derivado del proyecto de pareja y la convivencia que encierran las uniones convivenciales.

5.2. Replanteos críticos

Para poder analizar en profundidad el debate abierto que genera el silencio legislativo sobre los alimentos posece de la unión convivencial, es dable tener en cuenta la complejidad que encierra la regulación de las uniones convivenciales atravesado por el interrogante sobre cuáles son las similitudes y diferencias que observa con el matrimonio y, en consecuencia, qué efectos deberían reservarse para una o para la otra y cuáles ser idénticos so pena de conculcar el principio de igualdad y no discriminación. Si bien, tal como se ha expuesto en algunas oportunidades³⁰, la línea divisoria se concentraría en si se trata de efectos que involucran derechos humanos o, por el contrario, a cuestiones índole patrimonial y, por lo tanto, fuera de ese ámbito, lo cierto es que ello podría no haberse logrado en la regulación que recepta el CCyCN y eso se observaría, precisamente, en materia alimentaria.

¿La respuesta legislativa debería ser igual o similar si se trata de una relación de pareja de dos o de quince años? ¿Qué lugar ocupa la socioafectividad y el paso de tiempo como elemento clave para la consolidación del vínculo afectivo para otorgar o rechazar un pedido de alimentos posruptura a pesar del sistema abstencionista o negativo que adopta el CCyCN?

Los alimentos posece fueron materia de estudio en las XXVII Jornadas de Derecho Civil del 2019 realizadas en Santa Fe, se trata de un ámbito académico en el que se debaten propuestas de modificación legislativa o de interpretación sobre distintos conflictos atinentes al derecho civil. Aquí se propuso de *lege lata* que: «Cuando preexista una unión convivencial y uno de los miembros atraviese una situación de necesidad, puede solicitarse una prestación asistencial transitoria o de socorro a aquel que lo sostenía económicamente con anterioridad, con carácter provisional y subsidiario», obteniendo 12 votos a favor y 8 votos en contra. Esta conclusión encierra una crítica al régimen vigente y ha tenido su repercusión –tibia aún– en la jurisprudencia y más fuerte en la doctrina.

29. LLOVERAS, N. y FARAONI, F., *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Contexto, Resistencia, 2018, p. 111.

30. Compulsar HERRERA, M., «Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más texto que contexto», *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 19 y ss.

Así, Solari³¹ entiende que: «el no reconocimiento de la obligación alimentaria luego de la ruptura resulta desafortunada. La naturaleza de la prestación alimentaria tiene sus bases en el deber de asistencia, lo cual repercute con mucha importancia en las distintas relaciones familiares, que se mantienen y perduran más allá de una eventual convivencia. La naturaleza asistencial de los alimentos, derivada de la convivencia, exige la necesidad de recurrir al planteo judicial, dada la falta de previsión en el derecho interno, para modelos familiares que se constituyen bajo el amparo de las uniones convivenciales. El activismo judicial permite corregir los desaciertos contenidos en el Código de fondo, en protección de las familias, fundamentalmente cuando de convivientes se trata».

Más elocuente es Fortuna³², quien desde el obligado enfoque constitucional-convencional esgrime varios argumentos concatenados al decir que:

«La conceptualización de familia, bajo la óptica del Derecho Constitucional, implica también a las uniones convivenciales. En ese orden, bajo el principio de protección integral de la familia es necesario el establecimiento de medidas regulatorias mínimas para asegurar el ejercicio pleno del derecho a la igualdad de los convivientes, al mismo tiempo de reconocerse el derecho a no casarse como manifestación de autonomía personal»,

por ende,

«Hablar de solidaridad importa pregonar una regulación que limite la autonomía personal en defensa del derecho a la igualdad entre los integrantes de una pareja estable; y hacer palmario, al mismo tiempo, el principio constitucional de protección integral de la familia mediante disposiciones normativas que, aun de mínima aplicación, garanticen a los integrantes de las uniones convivenciales el disfrute de los derechos esenciales que la misma Constitución enarbola».

En este marco, se recuerda que: «la solidaridad familiar en que aquel deber se sostiene no se esfuma en el mismo instante en que la relación afectiva se rompe, ello es demostrado por otras consecuencias que prevé la legislación como ser el derecho de atribución del hogar convivencial» y, por ello, «no se encuentran motivos para sostener un desigual tratamiento a las uniones convivenciales respecto de las matrimoniales. Por aquella razón, aun cuando fuera ventajosa la inclusión de una previsión específica que recepte aquella obligación en el marco de las convivenciales, de igual forma que la contenida en el art. 434 del Cód. Civ. y Com. para las uniones matrimoniales», siendo que:

«Frente a la inexistencia de norma, por las razones esgrimidas en sustento a la protección integral de la familia y de los sujetos que la conforman, y por aplicación

31. SOLARI, N. E., «Los alimentos luego del cese de la unión convivencial. A propósito de un precedente judicial», *LA LEY* 05/08/2022, 8, Cita: *TR LALEY AR/DOC/2293/2022*, 2022.

32. FORTUNA, S.I., «El deber alimentario en las uniones convivenciales y su virtualidad tras el quiebre de la unión», *DFyP* 2018 (abril), 29, Cita: *TR LALEY AR/DOC/226/2018*, 2018.

de los principios de igualdad y no discriminación, es viable la fijación judicial de alimentos entre quienes integraron una unión convivencial. Aquellos, deberán encontrarse acreditados en supuestos de excepcionalidad y urgencia, tal como enfermedad grave, carencia de recursos suficientes para la satisfacción de necesidades impostergables o la imposibilidad de procurárselos, y encontrarse limitados en el tiempo».

Por su parte, el trío autoral conformado por Oliva, del Valle Narda y Limonggi se enrola en esta mirada crítica al concluir que:

«la obligación alimentaria entre convivientes debe tener un plus, debe extenderse hasta un tiempo más allá de la vida en común, a contar desde la ruptura y cese de la convivencia según las particulares necesidades de cada caso tomado en su individualidad, tiempo que será utilizado por quien está en inferiores condiciones para reubicarse en el mercado laboral, comercial y en el círculo social; mismo tiempo en el que, quien esté en mejores condiciones pueda solicitar solidariamente acompañar a quien era su pareja en esta nueva realidad nacida del cese de la convivencia»³³.

¿Los alimentos tienen por finalidad la reubicación en el mercado laboral, comercial y círculo social? Si fuera así, estos autores incurrirían en una discriminación con relación a lo que el CCyCN prevé para el supuesto de alimentos posdivorcio. Cabe recordar que el divorcio, como el cese de la unión, extingue todos los efectos, excepto aquellos expresamente previstos fundados en el principio de solidaridad familiar y vulnerabilidad como acontece en el supuesto del cónyuge enfermo o quien se encuentre en una situación de extrema necesidad; máxime cuando no se debe perder de vista que también aparece en escena los alimentos entre parientes. ¿Cuándo reclamar alimentos contra el exconviviente o contra un pariente? ¿Se puede reclamar hasta cuánto tiempo de cesada la unión convivencial? ¿Se debería establecer un plazo? Es evidente que los alimentos poseen de la unión genera dos tipos de planteos: 1) si hacer lugar o no a su recepción y, en caso de que la respuesta sea positiva, y 2) los elementos que deberían tenerse en cuenta para su correcta y clara regulación. Lo cierto es que, para esto último, se debería tener en cuenta cómo se regula el tema alimentario posdivorcio de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.

En esta misma línea crítica, Bay³⁴ elabora una interpretación *sui generis* a partir de traer a este campo el supuesto excepcional de alimentos que recepta el art. 676 en materia de progenitores e hijos afines. Veamos, este esgrime varias cuestiones que caben ser sintetizadas como ser:

33. OLIVA, T.; NARDA, K.D.V. Y LIMONGGI, J.L., «La asistencia en las uniones convivenciales: alimentos», *RDF* 93, 17, Cita: *TR LALEY AR/DOC/307/2020*, 2020.

34. BAY, N.R., «Unión convivencial y solidaridad alimentaria tras la ruptura», *DFyP* 2020 (febrero), 14, Cita: *TR LALEY AR/DOC/3624/2019*, 2019.

- «que la brújula y el sextante se encuentran en la solidaridad familiar, con visión estrictamente enfocada en los deberes y derechos del sujeto conviviente, así como en [l]a protección que se traduce en... la resolución de conflictos y medios de acción positiva estatales que garanticen el goce y ejercicio de los derechos de los miembros de la familia que se expresan y realizan a través de las relaciones familiares. Sus bases son los derechos fundamentales de los ciudadanos, que no cambian de condición por estar integrados en un grupo familiar».
- «el principio solidario funciona como piedra de toque dentro del contexto de remedios heterodoxos para la problemática planteada, en esta particular extensión del deber alimentario derivado de la unión convivencial. Lo que nos lleva a coordinar una solución novedosa extraída jurisprudencial y doctrinariamente del art. 676, Cód. Civ. y Com. (20), que trae como consecuencia que un exconviviente necesitado carezca de legitimación para reclamar asistencia económica, pero pueda, en condiciones de estricta excepcionalidad, hacerlo siempre que su situación de necesidad (solidaridad familiar) y la carencia de otros obligados (subsidiariedad) le ocasione un grave daño».
- «esta especie de alimento de socorro, que lo diferencia ostensiblemente del alimento posdivorcial, podrá dirigirse al exconviviente que hubiere asumido durante la vida en común su sustento, pudiendo fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Solución que tiene como denominador común la aplicación del art. 676 del digesto sustancial por analogía, asimilando la situación de los que resultan obligados a la del progenitor afín tras el cese del matrimonio o la convivencia».
- «La extensión de una obligación de tipo asistencial allí donde ya no hay deber legal ni decisión de cumplir voluntariamente no debe limitarse a los supuestos en los que exista similitud con el caso previsto por el art. 676, Cód. Civ. y Com. La mirada del magistrado que determina de oficio, o del beneficiario que reclama, tiene que ir más allá de los supuestos de preexistencia de una relación de convivencia y sustento, para buscar asentarse en la solidaridad».

Retomando el activismo judicial al que alude Solari, ello nos conduce a repensar y así reabrir el debate sobre la postura legislativa negativa que adopta la legislación civil al no reconocer la posibilidad de plantear alimentos poscese de la unión convivencial y, a la par, cuáles serían las tensiones que podría presentar una regulación en términos similares a lo que acontece en materia de alimentos posdivorcio. Una vez más aparece la noción de socioafectividad como un término hábil para mostrar la complejidad del tema. Sucede que, seguramente, se observe injusto que, tras 15 años de convivencia, si uno de ellos atraviesa una situación de vulnerabilidad como lo señala el art. 434 en sus incisos a) y b), este no pueda solicitar alimentos a su exconviviente. Ahora bien, ¿se configuraría esa injusticia si el plazo de convivencia fueran dos o tres años? ¿Acaso es más justo reclamarte a un exconviviente que a sus ascendientes que se encuentran en

una buena posición económica y con quienes mantienen una relación afectiva por muchísimos más años que con un exconviviente? De este modo, es entendible la crítica que esgrime Solari como así también la propuesta debatida en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ahora bien, el grado de rechazo en clave constitucional a la legislación civil vigente puede ser más o menos elocuente según la situación fáctica y socioafectiva presentada.

Como se adelantó, la cuestión de los alimentos poscese de la unión –que no esté atravesada por una situación de violencia de género porque en este caso, los alimentos se los admite en virtud de la ley 26.485– ha aterrizado en la jurisprudencia de manera tímida. El puntapié inicial lo ha dado el fallo del Juzgado de Familia Nro. 11 de Lomas de Zamora del 13/12/2021³⁵.

Aquí los antecedentes del caso son los siguientes.

P. inicia estas actuaciones requiriendo se imponga a su favor un canon en concepto de compensación económica, y a la par, solicita se le conceda medida innovativa urgente en carácter de amparo económico cautelar y provisional; mientras se dilucida el reclamo de fondo o hasta tanto se resuelva la liquidación de los bienes en común. Considera que la cautelar debe consistir en imponer a M. que continúe abonando la totalidad de los gastos que hacen a su subsistencia cotidiana siendo que en la actualidad el demandado asume dicho compromiso, pero de manera voluntaria, pretendiendo que tal accionar deje de ser voluntario y pase a ser imperativo. En este marco, expone los gastos que deberían ser solventados por el demandado como ser: alquiler de la vivienda, gastos de mantenimiento y servicio, cobertura de salud y tratamientos médicos específicos de su enfermedad, gastos de automotor de titularidad del demandado que la actora refiere tener bajo su exclusivo uso, alimentos, y la entrega de la misma suma de dinero en efectivo que el accionado le suministraría en la actualidad \$450.000 para solventar gastos del hogar. Fundamenta esta petición en el principio de solidaridad familiar y en el desequilibrio en el cual se encuentra en relación a su exconviviente, su estado de salud, edad, etc. Además, relata que ha mantenido con el demandado M. una relación estable, pública, notoria y permanente de convivencia por 17 años, desde 2004 hasta 2020, donde ambos compartieron un proyecto de vida en común; que su expareja presentaba «mandatos impuestos que consistían esencialmente en la asignación de roles insertos en las familias tradicionales y que no podía escapar de ello en pos de mantener la paz familiar», que: «debió abocarse al rol de ama de casa desenvolviéndose como pareja servil y madre completamente dedicada a la familia, atenta a todo lo que la vida laboral y social del Sr. B. requería». Agrega que durante todo el transcurso de la convivencia –y aún en la actualidad– nunca fue libre de administrar dinero en efectivo, y que sus gastos

35. Juzgado de Familia Nro. 11 Lomas de Zamora, 13/12/2021, «P. A. N. c. B. M. R. s/ Acción compensación económica», *TR LALEY AR/JUR/219762/2021*. Fallo comentado por SOLARI, N. E., «Los alimentos luego del cese de la unión convivencial. A propósito de un precedente judicial», *LA LEY 05/08/2022*, 8, Cita: AR/DOC/2293/2022, 2022.

eran íntegramente solventados mediante débitos y tarjetas de crédito que solventaba el Sr. B. Que en este contexto no pudo emprender sus estudios de medicina en la Universidad Abierta Interamericana ni aquellos vinculados a la lengua inglesa siendo que su exconviviente sostenía que no necesitaba capacitarse; que durante la unión convivencial no prestó ningún tipo de tareas rentables «puesto que su pareja le exigía la dedicada y minuciosa atención del hogar, la familia y de su —entonces— pareja; siendo el accionado el principal y único proveedor económico, desempeñándose como empresario en el rubro de la construcción, percibiendo ganancias muy elevadas». Que «a fines del año 2020 le fue diagnosticada una grave enfermedad: carcinoma, lesión residual microscópica en superficie de ambos ovarios, infiltración tumoral por carcinoma en omento, pared intestinal, apendicular, mesenterio y peritoneo pelviano; a lo que se agrega una distensión abdominal y derrame pleural izquierdo con secuelas antiguas en cisura derecha» y que: «ante esta situación percibió que el requerido comenzó a hacer ‘vida de soltero’, produciéndose la separación con posterioridad al diagnóstico, lo cual le habría ocasionado un gran dolor que el demandado no la acompañe emocionalmente ante este contexto tan complejo. Por último, señala que: «depender económicamente y sentirse a merced del accionado, temiendo que de un momento a otro este deje de proveerle recursos materiales (...) vivir de aquello que el demandado le abastece, sin tener ningún tipo de certeza ni seguridad, pensando que en cualquier momento puede quedarse en la calle, sin techo, sin cobertura de salud, ni modo de subsistir».

¿Qué dice el juzgado en lo relativo a la compensación económica? ¿Efectivamente, se está ante una petición de compensación o, en definitiva, el pedido encierra un tema alimentario poscese de la unión convivencial? Al respecto, en el fallo se dice:

- «Debo adelantar que la petición de compensación económica cautelar, en el presente, no parecería ser la solución más acertada ni justa, toda vez que frente a la situación denunciada de enfermedad grave de la exconviviente el principio de solidaridad familiar aparece como el más adecuado para brindar solución al pedido cautelar que busca no dejar en desamparo a la Sra. P. frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra».
- «El objetivo de la compensación económica no es lograr proveer los alimentos para el sostenimiento en caso de enfermedad grave, sino que persigue actuar como un mecanismo corrector para atenuar injustas desigualdades que se originaron con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, con norte en que quien se haya visto perjudicado pueda llevar adelante una vida autónoma».
- «Entiendo que, si bien nuestra legislación de fondo y nuestra Constitución Nacional reconoce en la unión convivencial un modelo de familia legítimo, aún se encontrarían derechos que no les son expresamente reconocidos, como ser en la especie el derecho alimentario».
- «Adviértase que nuestra legislación ha reconocido en el artículo 434 inc. a) Cód. Civ. y Comercial, los alimentos posteriores al divorcio en favor de quien padece una

enfermedad grave, reconociendo así esta potestad a los cónyuges, nada dice de los convivientes».

- «No es posible admitir un tratamiento disímil frente a tal situación de necesidad y enfermedad únicamente por no haber optado por un modelo de familia basado en el matrimonio».
- «Una mirada respetuosa e integral del derecho alimentario como un derecho humano esencial dirigido a la satisfacción de las necesidades más básicas de la persona y a su vida plena y digna, junto con el mandato ya aludido de respeto irrestricto y protección integral de las diversas modalidades de familia; me inclinan al convencimiento de que he de interpretar que los alimentos entre los convivientes pese a no encontrarse expresamente reglados en el Título III del Libro Segundo del código de forma, se encuentran incluidos en la faz material del artículo 519, y sustentado por los artículos 719 y 2630 del Cód. Civ. y Comercial».
- «Sobre el vacío del código de fondo se dice: Nuestro Código de fondo en su art. 434, Cód. Civ. y Comercial, contempla la posibilidad de que extinguido el matrimonio aquel cónyuge que padezca una enfermedad grave preexistente a la disolución del vínculo que le impida auto sustentarse y carezca de recursos propios suficientes o de posibilidad razonable de procurárselos, sea acreedor de una prestación alimentaria. No brinda solución alguna al exconviviente que se encuentra en idéntica situación».
- «Esta omisión debe ser interpretada y valorada según las previsiones de los artículos 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial y en un análisis integral tanto del derecho interno, cuanto de los tratados internacionales incorporados por nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 CN, entiendo debe reconocerse el derecho alimentario por ser un derecho humano básico fundamental y prioritario conteste ello con el principio de solidaridad familiar. Una interpretación contraria significaría colisionar con el principio de realidad e igualdad real de oportunidades y no discriminación que fundamentan nuestro Código Civil y Comercial».

Una vez más están presentes argumentos que reflejan una clara perspectiva de género al decir que:

«No es menor señalar que en general son las mujeres quienes relegan su crecimiento profesional y personal, por encontrarse dedicadas al cuidado del hogar y de los hijos. Por lo que no resulta justo que quien sufre un estado de necesidad al no poder autónomamente brindarse sustento, y ha llegado a tal circunstancia —en gran medida— como consecuencia de la entrega que ha brindado a su compañero de vida y al rol que desempeñó durante el proyecto en común; se encuentre en desamparo —o incluso en riesgo cierto de tal desamparo».

Además, se señala que en atención a la prueba rendida:

«Se observa a las claras una situación de necesidad económica agravada por el severo cuadro de salud que manifiesta ostentar la Sra. P. Esta situación de

vulnerabilidad en la que se encuentra la aquí actora sin duda alguna merece amparo legal; y si bien prima facie no se encontraría reconocido este derecho para las uniones convivenciales, rechazar el reconocimiento de este derecho humano básico fundamental en este supuesto concreto de enfermedad grave denunciada, sería violatorio de nuestros derechos fundamentales, lo que exige una adecuada interpretación de las normas en estudio», por lo tanto, se resuelve: «Aplicar analógicamente las previsiones del artículo 434 Cód. Civ. y Comercial (alimentos posteriores al divorcio del excónyuge enfermo) al caso de autos (alimentos posteriores al cese de la unión convivencial del exconviviente enfermo) en una interpretación sistémica, armónica e integral del derecho vigente (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Comercial)».

De este modo, la perspectiva de género –no solo para situaciones de violencia de género sino para situaciones de extrema necesidad o vulnerabilidad como se derivan de la enfermedad– es también central para habilitar y consolidar una mirada doctrinaria como jurisprudencial tendiente a torcer la legislación civil actual en cuanto no regula los alimentos poscese de la unión convivencial.

Por lo tanto, no debería ser necesario realizar un «contorsionismo interpretativo» de la norma a través de la figura de la compensación económica a los fines, en definitiva, de reconocer la obligación alimentaria poscese de la convivencia fundada en la solidaridad familiar devenida de una socioafectividad sostenida y consolidada a través del tiempo. Esto no le hace bien ni a la compensación alimentaria, ni a los alimentos y, en definitiva, al equilibrio interpretativo sobre dos figuras jurídicas que observan claras diferencias.

En definitiva, como ya lo expresado con la claridad y profundidad que caracteriza a Sontag: «Para mí lo peor sería sentir que estoy de acuerdo con las cosas que ya dije o escribí. Eso me pondría realmente incómoda. Porque querría decir que he dejado de pensar», por lo cual, bienvenida la reapertura del debate sobre la obligación alimentaria tras la ruptura de la unión convivencial.

6. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Como se suele decir, el tiempo es tirano y el espacio también. Por ello aquí se ha pretendido brindar un panorama general sobre el tema en estudio a través de conflictos no convencionales que navegan por las aguas de la obligación alimentaria y las relaciones de familia, advirtiéndose el rol central que ostenta el principio de solidaridad familiar en alianza con el de socioafectividad y vulnerabilidad.

Seguramente han quedado otros nudos críticos para profundizar como son aquellos vinculados con la vivienda que integra el contenido de los alimentos y, por lo tanto, la interacción o vinculación entre ambos es innegable. En esta línea argumental, también se abriría el juego a otros derechos que tienen vinculación o impacto con la obligación alimentaria como lo son las pensiones por discapacidad u otro tipo de beneficios públicos ante otras situaciones de vulnerabilidad que coadyuvan o complementan la obligación alimentaria a los fines de satisfacer el mencionado derecho a una calidad de vida digna. De allí la relevancia de profundizar sobre los alimentos a los/as hijos/as con discapacidad, los cuales observarían ciertas particularidades en el que el principio de solidaridad familiar no solo estaría presente, sino que se vería –o debería ser– redimensionado.

En definitiva, se trata de actualizar debates y profundizar análisis sobre temáticas dinámicas y en constante transformación, principalmente, en sociedades aún atravesadas por grandes desigualdades sociales, en particular, socioeconómicas y de género.

Como dijo el recordado Paulo Freire: «No es en la resignación en la que nos afirmamos, sino en la rebeldía frente a las injusticias». Desde este prisma, el presente ensayo pretende seguir este camino de transformar las rebeldías en derechos, para lo cual es fundamental dimensionar el lugar que ocupa la presencia del principio de solidaridad familiar para resolver situaciones tremendamente injustas en el campo de las relaciones de familia en general, y el de las obligaciones alimentarias en especial.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DUTTO, R. J., *Socioafectividad y derechos*, Astrea, 2022, p. 51.

HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S. E., *Manual de Derecho de las Familias*, Tercera edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, pp. 89 y 90.

LLOVERAS, N. y FARAONI, F., *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Contexto, Resistencia, 2018, p. 111.

OTERO, F. y VIDETTA, C.A., *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes*, Noveduc, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, pp. 341 y ss.

Capítulos en obras colectivas

FERNÁNDEZ, S. E., HERRERA, M., Y MOLINA DE JUAN, M. F., «Familia ensamblada», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* (directoras Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 579 y ss.

HERRERA, M., «Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más texto que contexto», *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 19 y ss.

NOTRICA, F., «El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas», *Responsabilidad parental. Derecho y Realidad. Una perspectiva piso-socio-jurídica* (directora Grosman, C. P. y coordinadora Videtta, C.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 285 y ss.

Artículos

BAY, N. R., «Unión convivencial y solidaridad alimentaria tras la ruptura», *DFyP 2020 (febrero)*, 14, Cita: TR LALEY AR/DOC/3624/2019, 2019.

BEGUIRISTAIN, C.D. y FONOLLOSA, R., «La canasta de crianza: algo más que un índice», *Rubinzal Online*, Cita: 706/2023, 2023.

BEGUIRISTAIN, C.D. y FONOLLOSA, R., «La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho», *Rubinzal Online*, Cita: 346/2023, 2023.

BERTONE, M., CALABRESE, A. M., GENIS, M. L., REARTE, P. y HERRÁN, M., «Adopciones. Procesos excluyentes, una realidad que duele», *elDial.com - DC30C2*.

- CALÁ, M. F., «La sociafectividad como fuente de vínculos jurídicos de carácter familiar (con especial referencia a la familia ensamblada)», *Microjuris.com*, MJ-DOC-9852-AR, 2016.
- CARTABIA GROBA, S. y HERRERA, M., «Reavivando el necesario debate sobre el incumplimiento alimentario. Los usos de la Canasta de Crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia como punto de inflexión», *LA LEY 04/09/2023*, 1, *LA LEY 2023-E*, 22, *EBOOK-TR 2023-2 (Dossier)*, 4, Cita: *TR LALEY AR/DOC/2123/2023*, 2023.
- DE LORENZI, M. A., «El amor familiar, bálsamo de las personas vulnerables. La solidaridad familiar al auxilio de los derechos fundamentales», *RDF 2017-V*, 172, Cita Online: *AP/DOC/786/2017*, 2017.
- DÍAZ, E., «De progenitores e hijos afines. Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial. Su impacto en el derecho previsional argentino», *La Ley, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2141, Cita: *AR/DOC/5328/2015*, 2015.
- DRACKSLER, M. V. y FERNÁNDEZ, R. N., «Cuando el deber alimentario trasciende el vínculo filial», *Rubinzal Online*, RC D 28/2024, 2024.
- FICO, D. y KERSZBERG, N., «La responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de los niños», *DFyP 2018 (febrero)*, 06/02/2018, 73, Cita Online: *AR/DOC/2091/2017*, 2017.
- FORTUNA, S. I., «El deber alimentario en las uniones convivenciales y su virtualidad tras el quiebre de la unión», *DFyP 2018 (abril)*, 29, Cita: *TR LALEY AR/DOC/226/2018*, 2018.
- GALATI, S. A., «La responsabilidad del progenitor afín frente a terceros», *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, (240), Cita: *AR/DOC/2718/2019*, 2019.
- GALLI FIANT, M. M., «Asistencia transitoria para una niña, luego de la impugnación de la paternidad», *LLLitoral 2017 (julio)*, 26/07/2017, 3, Cita Online: *AR/DOC/1073/2017*, 2017.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. y HERRERA, M., «La familia interespecie», *Rubinzal Online*, Cita: 680/2022, 2022.
- GUILISASTI, J., «Una resolución afortunada que aplica nuevos paradigmas», *DFyP 2017 (octubre)*, 17/10/2017, 118, Cita Online: *AR/DOC/2089/2017*, 2017.
- HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición?», *LA LEY 11/10/2022*, 1, *LA LEY 2022-E*, 590, Cita: *TR LALEY AR/DOC/2923/2022*, 2022.
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y BEGUIRISTAIN, C. D., «Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: Perspectiva crítica», *Rubinzal Online*, Cita: 702/2022, 2022.

- MOREIRA, M. C., «De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental», *RDF 2022-VI, 211*, Cita: *TR LALEY AR/DOC/3036/2022*, 2022.
- NOTRICA, F. y MELON, P. E., «El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas», *La Ley, Revista de Derecho de Familia (72, 171)*, Cita: *AR/DOC/5388/2015*, 2015.
- OLIVA, T.; NARDA, K. D. V. y LIMONGGI, J. L., «La asistencia en las uniones convivenciales: alimentos», *RDF 93, 17*, Cita: *TR LALEY AR/DOC/307/2020*, 2020.
- SALITURI AMEZCUA, M., SILVA, S. A., VIDETTA, C. A. y NOTRICA, F. P., «El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental», *Rubinzal Online*, Cita: 697/2022, 2022.
- SOLARI, N. E., «Los alimentos luego del cese de la unión convivencial. A propósito de un precedente judicial», *LA LEY 05/08/2022, 8*, Cita: *TR LALEY AR/DOC/2293/2022*, 2022.
- SOLARI, N. E., «Los alimentos luego del cese de la unión convivencial. A propósito de un precedente judicial», *LA LEY 05/08/2022, 8*, Cita: *AR/DOC/2293/2022*, 2022.
- VENINI, G., «El progenitor afín y su recepción a nivel jurisprudencial. Especial referencia al derecho alimentario», *DFyP 2017 (septiembre), 54*, *TR LALEY AR/DOC/1838/2017*, 2017.

Jurisprudencia

- Corte IDH, 24/02/2012, «Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile», disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín Provincia de Buenos Aires, Sala I, 29/09/2015, «L. M. A. y otro s/ Adopción - Acciones vinculadas», Id SAJ: FA15010088.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/04/2016, «A.,F.A., A.,E.J., A., O.E.s/ art. 10, ley 10.067», disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/04/Fallos2324.pdf>
- Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I, 12/07/2016, «A.O.E s/ vulneración de derechos», *La Ley Online: AR/JUR/47937/2016*.
- Cám. 2da. Civ. y Com., Sala 3, Paraná, Entre Ríos, 20/02/2017, «G. O. V. S. vs. O. C. V. s. Ordinario - Impugnación de paternidad», *Rubinzal Online*, RC J 1405/17.
- Juzgado de Familia Nro. 11 Lomas de Zamora, 13/12/2021, «P. A. N. c. B. M. R. s/ Acción compensación económica», *TR LALEY AR/JUR/219762/2021*.
- Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Gualeguaychú, Entre Ríos, 26/05/2022, «F. D. P. c/ M. F. A. s/ Alimentos», Id SAJ: FA22080028.

CCCM, Sala 3, San Juan, 21/10/2022, «S.J.A. y otro s. incidente de alimentos contra abuelos paternos», *Rubinzal Online*, RC J 7066/22.

Juzgado de Familia N5 de Cipolletti, 21/08/2023, «T., M.C. c. A., R.C. s/ alimentos», *TR LALEY AR/JUR/109717/2023*.

Juzgado Civil y Comercial de Saladas, 07/09/2023, «S.J.H. c. M.P. s/ Consignación de alimentos», *TR LALEY AR/JUR/120881/2023*.

Juzgado de Familia N° 5 de La Matanza, Buenos Aires, 24/11/2023, «L. G. V. c/ P. A. s/ alimentos», *eIDial.com-AADC3C*.

Juzg. Fam., Niñez y Adolescencia IV, Villa La Angostura, Neuquén; 18/12/2023; «M., C. M. vs. S. G., I. H. s. Impugnación de reconocimiento». *Rubinzal Online*; RC J 1031/24.

Juzgado de Familia y Violencia Familiar Lujan de Cuyo Nro. 10, Mendoza, 01/02/2024, «P., J.N. y P., J.A. c/ A., H.R. p/ acción de filiación», inédito.

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N4, Corrientes, 15/02/2024, «O.M.G. c/ V.G.L.D. s/ Alimentos», disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-ninez-y-adolescencia-n-4-corrientes-15-02-2024/>

Otros

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) de Guatemala, «Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria», disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf>

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril 2018, Quito-Ecuador), disponible en <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

EL VALOR POSITIVO Y NEGATIVO DE LA AFECTIVIDAD EN LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL*

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)¹*

RESUMEN

Este trabajo analiza la incidencia del afecto en la regulación del derecho de familia actual en el marco de una redefinición de los fundamentos de la filiación. Desde una perspectiva positiva, en algunos ordenamientos el reconocimiento de la socioafectividad como nuevo concepto jurídico puede generar un vínculo paterno-filial, de mayor o menor intensidad, entre personas que no lo tienen ni desde el punto de vista biológico ni legal. Desde una perspectiva negativa, el abandono afectivo o la ausencia de relación entre personas con un previo vínculo paterno-filial, biológico o legal, puede conducir a la supresión de los efectos que la normativa liga a la existencia de tal vínculo.

PALABRAS CLAVE

Socioafectividad, relación paterno-filial, abandono afectivo, desheredación, extinción de la obligación de alimentos.

* Fecha de recepción: 10-03-2024. Fecha de aceptación: 17-05-2024.

1. Este trabajo, que se cerró en el mes de mayo de 2024, se enmarca en el Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00 y AEI/ 10.13039/501100011033, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyas IP son Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda.

THE POSITIVE AND NEGATIVE VALUE OF AFFECTIVITY IN THE PARENT-CHILD RELATIONSHIP

ABSTRACT

This paper analyzes the impact of affection in the regulation of current family law in the context of a redefinition of the fundamentals of filiation. From a positive perspective, in some legal systems, the recognition of socioaffectivity as a new legal concept can generate a parent-child bond, of greater or lesser intensity, between people who do not have it either from a biological or legal point of view. From a negative perspective, affective abandonment or lack of relationship between persons with a previous biological or legal parent-child bond may lead to the suppression of the effects that the legislation links to the existence of such bond.

KEYWORDS

Socio-affectivity, parent-child relationship, affective abandonment, disinheritance, extinguishment of the maintenance obligation

SUMARIO

I. Primera parte. Hacia un concepto funcional de la familia.....	238
II. Segunda parte. Incidencia positiva de la afectividad en la relación paterno-filial: Tres manifestaciones del debilitamiento del elemento biológico de la relación paterno-filial	245
1. Primera manifestación: La socioafectividad como título de determinación de la filiación.....	247
1.1. Ejemplos de ordenamientos latinoamericanos: Brasil y Cuba	249
1.2. ¿Es equivalente el concepto de parentalidad social o socioafectiva con la figura de la posesión de estado del Código Civil español?	253
2. Segunda manifestación: El afecto como base para la asunción del ejercicio de responsabilidad parental.....	264
3. Tercera manifestación: El afecto como base para el ejercicio de ciertas funciones parentales.....	269
3.1. Primer ejemplo. Familias reconstituidas.....	269
3.2. Segundo ejemplo. Medidas a favor del padre putativo en las hipótesis de atribución indebida de paternidad	272
III. Tercera parte. Incidencia negativa de la afectividad en la relación paterno-filial.....	279
1. Primera hipótesis. Solicitud por el hijo o hija de la supresión de los efectos que la normativa liga a la relación paterno-filial. Análisis de la STS de 21 de noviembre de 2022 en materia de apellidos	280
2. Segunda hipótesis. Solicitud por el progenitor o progenitora de la supresión de los efectos que la normativa liga a la relación paterno-filial	285
2.1. Primer ejemplo. Supresión del derecho a la legítima del descendiente por el abandono afectivo o falta de relación con su ascendiente.....	286
2.2. Segundo ejemplo. Extinción de la obligación de alimentos acordada en favor de los hijos o hijas mayores por la falta de relación con su progenitor	298
IV. Consideraciones a modo de conclusión.....	303
Bibliografía.....	307

I. PRIMERA PARTE. HACIA UN CONCEPTO FUNCIONAL DE LA FAMILIA

En la actualidad los Códigos Civiles siguen ligando consecuencias relevantes a la existencia de determinados lazos de sangre entre los individuos; ligamen que se produce con independencia de que concurren relaciones afectivas o emocionales entre ellos². Por ejemplo, para el nacimiento de la obligación de alimentos de los artículos 142 y ss del Código Civil español (en adelante CC), la única condición exigida, relativa a la relación entre alimentante y alimentista, es la existencia de parentesco (arts. 915 a 923 CC), a la que se suman requisitos adicionales, como la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentista. La relación requerida entre ambas partes es meramente formal, de modo que el legislador en absoluto toma en consideración la existencia de la calidad afectiva de tal relación entre alimentante y alimentista³.

Efectivamente, el afecto, a diferencia del dato genético o biológico, no suele mencionarse en las normas jurídicas reguladoras de la familia: en la época correspondiente a la codificación decimonónica no era común que el afecto tuviera alguna relevancia en el plano jurídico, a pesar de que este sentimiento es el que desde siempre constituye, de hecho, la esencia y el fundamento de las relaciones familiares⁴. Quizás la ignorancia del afecto como concepto jurídico pueda deberse, entre otras razones, a la asociación de la mujer como la encargada de la crianza y del cuidado del grupo familiar, estimándose tradicionalmente tales actividades de cuidado de escaso valor, viéndose como una debilidad humana y ocupando un segundo plano⁵. No obstante, en la actualidad hay ciertos movimientos doctrinales y judiciales que sostienen que, aunque el concepto de familia continúa vinculado a ligámenes de sangre, no puede ser ya restringido a tal construcción jurídica, debiéndose otorgar cada vez más relevancia a las relaciones de cuidado y de afecto entre sus miembros⁶.

2. GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *Derecho de familia: homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo* (coordinadora P. Abad Tejerina), Sepin, Madrid, 2021, pp. 289-290.

3. En este sentido BERIAN FLORES, I. e IMAZ ZUBIAUR, L., «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial», *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, N.º 34, pp. 122 y 129.

4. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», *La Ley*, 08/10/2014, p. 9 (LA LEY 2014-E, Cita online: AR y DOC/3592/2014).

5. VALERA CASTRO, I., «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho Privado», *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (coordinadoras G. Tomás y A. Vidu), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1012.

6. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe* (editores K. Boele-Woelki y M. Dieter), Intersentia, United Kingdom, 2019, p. 120.

No hay duda de que el afecto es un elemento común en una enorme variedad de relaciones que tiene una persona (entre amigos, novios, convivientes o cónyuges, ahijados y padrinos, guardador de hecho y menor acogido, progenitores e hijos afines en las familias reconstituidas). Ahora bien, la entrada del afecto como nuevo concepto jurídico abre un conjunto de desafíos a resolver por el legislador: la definición del propio concepto de socioafectividad y la clasificación y análisis de los problemas que presentan al derecho tanto las relaciones afectivas no reguladas como las reguladas de forma limitada. Así, por ejemplo, la posible extensión a estas dos últimas de los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento sí reconoce, como la obligación de alimentos o los derechos sucesorios. Se cuestiona, igualmente, cuál ha de ser la función del Estado frente a las relaciones sociales que poseen como fundamento el afecto, a fin de determinar si debe dejarse su regulación a la libre autonomía de la voluntad o si aquellas deberían ser objeto de regulación estatal, ya sea mediante la creación de un estatuto específico o mediante su inclusión en estructuras previamente existentes, no pensadas en principio para darles cobertura⁷.

Lo que parece claro, en todo caso, es que hoy en día el moderno concepto de familia ha de tender más hacia una perspectiva funcional que formal. Muchas de las tradicionales funciones de la familia se han ido ya abandonando, como la de ser una institución destinada a cumplir objetivos económicos o de legitimidad y ubicación social de sus miembros, poniéndose más el peso en la faceta afectiva y emocional, en la que predominan sobre todo las relaciones de solidaridad, cuidado y compasión entre sus miembros⁸. El grupo familiar es definido en la actualidad como un «affective harbor and a stronghold where soul nourishment is found»⁹, considerándose por la doctrina civilista griega, como funciones de la familia, la de constituir un refugio de amor y compañía, inseparable de la función de crianza de los menores¹⁰, y por la doctrina belga la de ser

7. MEDINA, G., «Socioafectividad y derecho de familia», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2020-II, Año 45, N.º 101, p. 86.

8. GOMÁ LANZÓN, I., «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», *Las legítimas y la libertad de testar (Perfiles críticos y comparados)* (directores F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 72, explica que subsisten en el momento actual dos funciones básicas y permanentes de la familia: la socialización primaria del menor y la estabilización emocional del adulto. Ello quiere decir, a su juicio, que la familia se ha especializado en tales funciones afectivas. Por su parte, TORRELLES TORREA, E., «De la Sagrada Familia de Murillo a la Gay Family on Dinner de Raphael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico», *ADC*, 2023, fasc. 4, p. 1477, considera necesario el paso de un enfoque de las familias como producto de un vínculo romántico-sexual a un enfoque donde lo relevante sea el vínculo generado por el cuidado mutuo y la interdependencia, la afectividad y la solidaridad entre sus miembros.

9. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 119.

10. Así, el artículo 1507 del Código Civil de Grecia afirma que los progenitores y los hijos se deben asistencia, afecto y respeto recíproco. Consúltese ZERVOGIANNI, E., «The notion and function of

un cauce que permite avanzar a los miembros de la familia hacia un suficiente grado de autonomía y de felicidad a través del amor, el afecto y la ayuda mutua¹¹.

Siendo el afecto cuidado, respeto, ayuda, asistencia, solidaridad, empatía y preocupación, en ningún momento aquel ha de tener necesariamente un componente de sentimiento para poseer relevancia desde el punto de vista jurídico. La afectividad no se restringe a un sentimiento: se puede tener hacia el familiar una actitud de solicitud, empatía y preocupación, sin que ello vaya acompañado de un sentimiento íntimo, interno de afecto. Si hay tal sentimiento, la relación familiar se enriquecerá, pero la ética del cuidado no requiere necesariamente el mismo¹². La afectividad como nuevo concepto jurídico deberá probarse a través de elementos que son indicio de su existencia en la relación familiar: los cuidados, la atención y los apoyos, tanto emocionales como materiales, entre los componentes del grupo familiar. La relevancia jurídica de la afectividad exige no solo que esta haya de acreditarse en el plano interno del grupo familiar, sino también, a la vez, que haya de probarse su proyección social (en esa medida es socioafectiva)¹³.

Este nuevo enfoque funcional del concepto de familia va ligado, sin duda, a la tutela reciente de una pluralidad de modelos familiares. Se ha explicado¹⁴ que hasta la mitad del siglo XX el matrimonio constituyó el centro de la familia tanto en la legislación como en la sociedad, con raíces en la tradición cristiana. El marido y la mujer eran los padres biológicos y genéticos, que cuidaban a sus hijos como padres sociales también y que se consideraban, igualmente, como sus padres legales. Durante los últimos años se han producido cambios en la sociedad y en el derecho, los cuales han llevado consigo la pérdida de la necesaria ligazón anterior entre el matrimonio y la paternidad, dando lugar a una disociación de las diferentes facetas de la paternidad (genética, biológica, social y legal) y a la consiguiente pluralidad de modelos familiares.

Es claro que la aparición de las técnicas de reproducción artificial y la admisión de las parejas del mismo sexo han jugado un relevante papel en este proceso de cambio. También la aceptación creciente de la transexualidad y la intersexualidad implican un

family in Greek Law», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 312-314.

11. HEATON, J. y KEMELMAJER, A., «Family Forms and Family's Functions -A Comparative Perspective», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, p. 39.

12. En este sentido CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 127 y PAU, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *RDC*, 2020, vol. 7, N.º 1, p. 15.

13. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 127.

14. DETHLOFF, N., KAESLING, K. y LEVEN, F., «From Marriage to Family: Plurality of Family Forms from a Comparative Perspective», *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms* (editores N. Dethloff y K. Kaesling), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023, pp. 1-4.

desafío al sistema binario de género, con sustancial incidencia en la noción tradicional de paternidad y de familia. Precisamente, al existir hoy tantos modelos familiares distintos, se sugiere que el afecto es uno de los rasgos estructurales, el denominador común de los diferentes modelos¹⁵. En el caso concreto del ordenamiento español, frente al derecho civil común, el artículo 231-1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia y aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio (en adelante CCCat), bajo la rúbrica «La heterogeneidad del hecho familiar», prevé un reconocimiento de la diversidad familiar y ampara sin discriminación a las relaciones familiares derivadas del matrimonio y de la convivencia estable en pareja, a las familias monoparentales y a las familias reconstituidas¹⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) acoge, sin duda, el concepto funcional de vida familiar. Es cierto que, a pesar de la inclusión del derecho al respeto a la vida familiar en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), tal precepto no recoge una definición del concepto de familia. Tampoco el TEDH define dicho concepto ni el de parentalidad, pero, a través de su labor jurisprudencial y al resolver cada caso mediante el análisis de las circunstancias concretas, concluye si hay o no vida familiar, entendiendo que la familia no implica necesariamente vínculos biológicos, pero sí en la mayor parte de los supuestos una relación de convivencia entre sus miembros. No obstante, incluso sin esa relación de convivencia, a veces ha sostenido que es posible afirmar la existencia de vida familiar a través de otros elementos (por ejemplo, los intentos varios de una persona para establecer una relación social con el menor aparecen como cruciales a la hora de reconocer su derecho a la paternidad)¹⁷.

15. PÉREZ GALLARDO, L. B., «El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad», *La Ley derecho de familia*, 2019, N.º 22, p. 4 (LA LEY 8288/2019).

16. SALVADOR CODERCH, P. y ALASCIO CARRASCO, L., «Comentari al art. 231-1 CCC», *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, p. 65, señalan que la tutela sin discriminación de las familias ha de entenderse como una exclusión de diferencias injustificadas entre ellas, pero ello no implica que la regulación de unas y otras haya de ser homogénea, ni que las medidas de protección hayan de ser equivalentes. De forma similar al art. 231-1 CCCat se pronuncia la Ley 50 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. El Consejo de Ministros ha aprobado el 27 de febrero de 2024 el proyecto de Ley de Familias, a propuesta del Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, cuya tramitación quedó suspendida en la anterior legislatura por la convocatoria de elecciones. Parte de la heterogeneidad del hecho familiar, definiendo nuevos tipos de familias con el fin de lograr la protección social de las mismas; así, familias monomarentales, reconstituidas, adoptivas, familias LGTBI y las que cuentan entre sus miembros a personas con discapacidad.

17. Consúltese al respecto GÓMEZ LÓPEZ, M., «El respeto al derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17, pp. 502 y 504. Igualmente, LIMA, D., «The concept of Parenthood in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe* (editores K. Boele-Woelki y M. Dieter), Intersentia, United Kingdom, 2019, pp. 108 y 116 y

En diversos pronunciamientos el TEDH señala que el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH no se restringe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y que han de tenerse en cuenta otras familias *de facto*¹⁸. En particular, con relación a un adulto y un menor de edad, mantiene la existencia de una vida familiar fáctica, aun cuando no haya vínculos biológicos ni una relación reconocida judicialmente, siempre y cuando pueda acreditarse un vínculo afectivo estrecho entre ellos, a partir, entre otros extremos, de la duración de la convivencia, la calidad de la relación y el rol ejercido por el adulto respecto al menor¹⁹.

No obstante lo anteriormente explicado, sí cabe afirmar que el TEDH, a la vez que acoge un concepto funcional de la familia, también ha puesto determinados límites al creciente pluralismo de las relaciones familiares. Así como el citado tribunal ha tendido a evitar la afirmación de similitudes y diferencias entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales, sin embargo, se ha posicionado con claridad en la comparación entre las relaciones formadas por parientes que viven juntos y otras parejas distintas. En el caso *Burden v. United Kingdom* [CG], sentencia de 29 de abril de 2008, el TEDH señaló que a dos hermanas que han convivido siempre juntas en el marco de una relación estable, sólida y mutuamente solidaria, no cabe darles el mismo tratamiento que a una pareja casada o a una unida civilmente a los efectos del artículo 14 CEDH. Sostiene que la relación entre las dos hermanas que viven juntas de forma permanente es de diferente naturaleza a la existente entre matrimonios y parejas registradas en virtud de la *Civil Partnership Act* de 2004.

La reclamación de las hermanas era de naturaleza patrimonial, en cuanto estas alegaron el trato discriminatorio futuro que sufrirán, en el momento del fallecimiento de una de

NUßBERGER, A. y VAN DE GRAAF, C., «Pluralisation of Family Forms in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms* (editores N. Dethloff y K. Kaesling), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023, pp. 117-119.

18. Sobre la importancia de los vínculos familiares *de facto* consúltese SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 20 y 36-43.

19. En este sentido, entre otros, el caso *Kopf and Liberdia vs. Austria*. STEDH (Sección 1ª) de 17 de enero de 2012 (JUR 2012/14910) (estrechos lazos de afecto del menor con su familia de acogida por la convivencia durante más de tres años); caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*. STEDH (sección 2ª) de 24 de enero de 2015 (TEDH 2015/17) (reconocimiento de la vida familiar entre el menor nacido de gestación subrogada y el comitente, a pesar de no haberse acreditado la vinculación genética entre ellos) y caso *Honner vs. Francia*. STEDH (sección 5ª) de 12 de noviembre de 2020 (TEDH 2020/170) (fijación de un régimen de visitas entre el menor y la pareja de su madre biológica tras la ruptura de la relación entre ambas mujeres). No obstante, en el caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* se dicta por la Gran Sala del TEDH la posterior sentencia de 24 de enero de 2017 (JUR 2017/25806) que, frente a la de 24 de enero de 2015, opta por afirmar la competencia exclusiva del Estado italiano para establecer las relaciones paterno-filiales, entendiendo que las medidas dictadas de alejamiento del menor nacido en Rusia son conformes al artículo 8 CEDH.

ellas, por la falta de reconocimiento legal para la exención del pago del impuesto de sucesiones, de modo que la supérstite tendrá que hacer frente a una importante suma por el citado impuesto, a diferencia de un matrimonio o de una unión civil²⁰. En cualquier caso, a mi juicio, se denomine o no familia a este último tipo de realidades, hay un interés claro y una necesidad de proporcionarles un marco jurídico adecuado en la medida en que cumplen funciones muy cercanas a las familiares y van a constituir situaciones muy frecuentes con el progresivo envejecimiento de la población, presentándose como una alternativa viable a las residencias de personas mayores²¹.

El desarrollo del concepto jurídico del afecto ha tenido lugar inicialmente en el ámbito de la filiación. Por ello en el presente trabajo me centraré en su incidencia en el análisis de las relaciones paterno-filiales. Su propósito es, en esencia, apuntar la relevancia jurídica que empieza a poseer en la actualidad la faceta afectiva y emocional de la familia y, sobre todo, mostrar a través de determinados ejemplos normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales, que en absoluto constituyen un *numerus clausus*, el juego que puede tener la afectividad en el ordenamiento jurídico en dos planos distintos: en un sentido positivo y en un sentido negativo. Seguramente el valor del trabajo radica, frente a otros, en visualizar la doble incidencia de forma conjunta.

20. TEDH (Gran Sala), Sentencia de 29 de abril de 2008 (JUR 2008\129544) (para 66). Según NUBBERGER, A. y VAN DE GRAAF, C., «Pluralisation of Family Forms in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», cit., p. 127, la «stable and committed relationship» no parece constituir para el tribunal un criterio por sí solo para entender que se está ante un grupo familiar.

21. RIBOT IGUALADA, J., «El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias», *ADC*, 2024, fasc. I, p. 223, estima con razón que, desde una perspectiva funcional e inclusiva, sería coherente el tratamiento de estas relaciones «no conyugales» como familias. Ciertos ordenamientos, como el australiano, protegen relaciones personales cercanas, más allá del matrimonio o de las parejas de hecho, entre dos personas adultas que conviven proporcionándose la una a la otra, o ambas de forma recíproca, apoyo doméstico y cuidado personal; dando así reconocimiento a la familia como una unidad social de cuidado. Por ejemplo, hermanos o un abuelo y un nieto ya adulto. Véase KHA, H., «The diversification of family forms and functions in the Law of Australia», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 127-128. También muy próxima la regulación prevista tanto en las Leyes 117 a 119 del Fuero Nuevo de Navarra (bajo el nombre de «Comunidades de ayuda mutua») como en los artículos 240-1 a 240-7 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña («Las relaciones convivenciales de ayuda mutua») (respectivamente, BOE N.º 57 07/03/1973 y BOE N.º 203 21/08/2010). En relación con la regulación catalana, señala GILI SALDAÑA, M., «Comentari al art. 240-1 CCCat», *Comentari al Llibre segon del Codí civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, p. 1033, que la necesidad de adoptar medios para garantizar el bienestar físico y patrimonial de las personas mayores en un contexto de envejecimiento progresivo de la población ha supuesto una flexibilización del concepto de convivencia y del derecho de familia, de modo que la regulación catalana busca abarcar situaciones que no necesariamente lleven consigo relaciones afectivas o maritales entre los convivientes.

De la incidencia positiva de la afectividad me ocuparé en la segunda parte del *paper*. El juego de la misma tiene lugar respecto a personas entre las que, no habiendo un previo vínculo paterno-filial de base biológica o legal, se ha generado un cierto vínculo familiar o cuasifamiliar, de mayor o menor intensidad. La citada generación deriva de la existencia de relaciones de afecto y de solidaridad recíprocas entre un adulto y un menor de edad, en las que concurre la voluntad de comportarse el primero como un progenitor, junto al efectivo desempeño durante la convivencia de todas o algunas funciones análogas a las que tendría un padre o una madre.

La incidencia negativa de la afectividad, que desarrollo en la tercera parte del trabajo, tiene lugar entre personas que poseen un previo vínculo paterno o materno-filial, ya sea de carácter biológico o legal (fruto de la adopción o de la voluntad procreacional prevista como fuente de filiación en la legislación de técnicas de reproducción asistida). En particular, me centraré en los efectos que pudiera tener el abandono emocional o la falta de contacto, de carácter continuado en el tiempo e imputable de forma exclusiva o principal a una de las partes del citado vínculo, en el sentido de que pueda dar lugar a la supresión de determinados efectos que la normativa liga a la relación paterno-filial.

II. SEGUNDA PARTE. INCIDENCIA POSITIVA DE LA AFECTIVIDAD EN LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL: TRES MANIFESTACIONES DEL DEBILITAMIENTO DEL ELEMENTO BIOLÓGICO DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL

Como ya se ha apuntado al inicio del presente trabajo, el afecto, a diferencia del dato genético, no suele mencionarse en las normas jurídicas relativas a la familia. No obstante, consecuencia de la idea de que las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, es la aparición, por una parte, del concepto de parentalidad funcional (*functional parenthood*) en el ámbito anglosajón. Mediante la aplicación de un criterio funcional, se concluye que lo que identifica a una figura parental es el desarrollo de tareas de interdependencia y de cuidado cotidiano, y no tanto el vínculo genético o legal con el menor²². Por otra parte, el concepto jurídico de afecto, que parecía circunscribirse solo al derecho brasileño (la *afetividade*), que es donde se origina, se ha trasladado a otros ordenamientos latinoamericanos, en los que se alude al concepto de «parentesco social afectivo» o socioafectividad, con el fin de reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza. Resultado de este movimiento

22. Entre las causas últimas para el desarrollo en EE. UU. de tal concepto se encuentran, por una parte, la búsqueda de nuevas personas que asuman el mantenimiento económico de los menores y, por otra parte, su utilidad en las familias con padres del mismo sexo, especialmente en parejas de mujeres, en las que solo una de ellas mantiene relación genética con el menor. Véase al respecto KESSLER, L.T., «Community Parenting», *Washington University Journal of Law & Policy*, 2007, Vol. 24, pp. 47, 54-55 y 65 y NEJAIME, D., «The Nature of Parenthood», *The Yale Law Journal*, 2017, Vol. 126, No. 8, pp. 2260 y ss. FORMAN, D.L., «Legal Relationships between Adults and Children in the United States of America», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 610-611, explica que en algunos estados los tribunales han aplicado el concepto de *functional parenthood* para reconocer la plena parentalidad legal cuando un adulto, en principio, no la tiene respecto de un menor. Así, cuando han criado voluntariamente al hijo de su pareja homosexual, lo han cuidado y han convivido con él el suficiente tiempo como para desarrollar lazos parentales. Esta doctrina recibe diversos nombres, incluyendo el de *de facto parenthood*, *in loco parentis* o *psychological parent*. Otros estados han llegado al mismo resultado antes aludido, pero por obra del legislador, mediante la aplicación de la *Uniform Parentage Act* u otras normativas similares, con el fin de apoyar el reconocimiento de la paternidad a las personas del mismo sexo. También en Inglaterra y en Gales y en Canadá se admite la parentalidad funcional a través del concepto de *child of the family*, definido en Inglaterra y Gales en la sec. 105 (1) de la *Children Act 1989* (un menor que es tratado como hijo o hija por una pareja de adultos formalizada mediante matrimonio o *civil partnership*) y, en Canadá a través del concepto *child of the marriage* de la sec. 2 (2) de la *divorce act* (respecto del menor, uno o ambos cónyuges ocupan, en virtud de su intención y de su conducta, el lugar de un progenitor). Sobre ello extensamente ESTEVE ALGUACIL, L., *Familias reconstituidas y formas de parentalidad. Un estudio jurídico-comparado para redefinir los lazos familiares*, Tesis doctoral (dirección por J. Ferrer Riba y E. Farnós Amorós), UPF, 2023, pp. 78 y ss. Cito por el ejemplar físico de la tesis que me hizo llegar, muy amablemente, la autora. La referencia a este trabajo se halla en <https://www.tdx.cat/handle/10803/689286>.

ha sido la denominada «desencarnación», es decir, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo²³.

A continuación, analizo las que, a mi juicio, podrían clasificarse como tres posibles manifestaciones de la citada desencarnación; todas ellas presentes, en mayor o menor medida, en ordenamientos jurídicos actuales. La expresión más extrema propone que la socioafectividad constituya un título de determinación de la filiación. Junto a ella, existen otras dos manifestaciones en las que el afecto es la base, respectivamente, bien para asumir el ejercicio de responsabilidad parental, bien para el ejercicio de ciertas funciones parentales. Con el fin de explicar cada una de estas diferentes expresiones de la socioafectividad, he seleccionado ejemplos puntuales recogidos en el ordenamiento jurídico español y en algunos latinoamericanos; por supuesto, sin ningún afán exhaustivo por razones lógicas de la extensión limitada del presente trabajo.

23. En este sentido KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», cit., p. 9. Aunque sin proyecciones en el derecho sucesorio, señala que el vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina recoge tal movimiento de desencarnación. Así, por ejemplo, en materia de consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, el artículo 59.4 menciona a los «allegados» que acompañan al paciente para que presten el consentimiento, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. La consulta de este precepto y de cualquiera de los citados en este trabajo de dicho Código en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo> y [Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo)

1. PRIMERA MANIFESTACIÓN: LA SOCIOAFECTIVIDAD COMO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Se ha sostenido en el ordenamiento español que, dentro del cuestionamiento actual de aspectos esenciales del derecho de filiación, el objeto del debate no solo ha de ser el fundamento de la filiación como institución jurídica (entre otros, la verdad biológica, la voluntad de los interesados, las relaciones sociales ya establecidas o el interés del menor), sino la propia definición de la paternidad²⁴. Así, se explica que dentro del concepto jurídico tradicional de paternidad subyacen tres significados ligados entre sí: primero, la verdad sobre el origen biológico de cada persona, con su clara relación con los derechos fundamentales; en segundo lugar, la afirmación oficial de una relación jurídica de filiación, vinculada a la noción de estado civil y, por último, la asunción de derechos y deberes respecto a otra persona, como contenido típico de dicha relación. Toda situación en la que dichos tres extremos no concurren se califica desde tal perspectiva tradicional como anómala²⁵.

Sin duda el peso de la biología en la determinación de la filiación sigue siendo muy importante en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras razones, en virtud de los artículos 39.2 (la ley posibilitará la investigación de la paternidad) y 39.3 CE (inclusión del deber paterno de prestación de asistencia a los hijos durante la minoría de edad, con concreción posterior en los deberes paterno-filiales del artículo 154 CC). Ahora bien, tal y como se ha mantenido, ello no significa que necesariamente el elemento biológico tenga que ser un factor exclusivo y excluyente. En la actualidad parece evidente que la maternidad y la paternidad no se restringen solo a la biología; basta con pensar en ciertas instituciones como la adopción o el uso de ciertas técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada, la donación de gametos o la fertilización *in vitro*). Algunas de estas hipótesis con frecuencia pueden ir vinculadas, incluso, a situaciones de multiparentalidad, de tal modo que ello explica el peso que adquieren hoy, a la hora

24. Así se pronuncia doctrina solvente en la materia como BARBER, R., QUICIOS, S. y VERDERA, R., «Presentación», *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 13.

25. BARBER, R., QUICIOS, S. y VERDERA, R., «Presentación», cit., pp. 13-14, mantienen que: «(...) quizás sea el momento de plantearse si la riqueza y la variedad de los problemas a los que se pretende dar respuesta a través de la filiación no señalan la conveniencia de una diversificación de lo que significa la paternidad». Los problemas abordados por FARNÓS AMORÓS, E. en su monografía *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat e els conceptes «pare» i «mare»*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 119, ponen de manifiesto que el derecho de filiación es un instrumento dinámico que, como tal, no puede permanecer inalterable ante los cambios sociales. Así, entre otros, la autora analiza tanto casos de padres y madres biológicos que no desean ser considerados padres y madres legales como madres y padres no biológicos que quieren ser madres y padres legales.

de definir las relaciones paterno-filiales, los deberes de cuidado, atención o alimentos²⁶. De ahí que parte de la doctrina se muestra favorable al reconocimiento, junto a la paternidad biológica o la paternidad legal (esto es, la derivada de la adopción o de la voluntad procreacional conforme a la legislación de técnicas de reproducción asistida), de la llamada parentalidad social, basada fundamentalmente en la voluntad de comportarse como un progenitor y en el efectivo desempeño de sus funciones como tal²⁷. El concepto de parentalidad social o socioafectiva va ligado, como decía, en muchos casos a situaciones de multiparentalidad, pero no tiene que ser necesariamente así.

Las nuevas corrientes doctrinales proponen no solo que la socioafectividad sea fuente autónoma de determinación de la filiación, sino que, cuando sea necesario, la paternidad socioafectiva no se destruya y pueda coexistir con la paternidad biológica, aunque ello implique dejar de lado la regla tradicional de la bigenitorialidad para dar paso a la pluriparentalidad²⁸. Se considera que la verdadera esencia del vínculo entre un padre o madre y el hijo o hija se halla en la relación de cuidado con el menor y no en la biología ni en las reglas legales²⁹. Ahora bien, a mi juicio, ha de precisarse que no se trata solo de que el adulto haya cuidado del niño como si fuera su progenitor, sino también de que

26. En este sentido extensamente GARCÍA RUBIO, M. P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares (1)», *La Ley derecho de familia*, 2021, N.º 30, LA LEY 7814/2021, pp. 13-14 (laleydigital).

27. Entre otros, además de la autora citada en la nota anterior, BLANDINO GARRIDO, M. A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 33-34; MÚRTULA LAFUENTE, V., «Ser “padre” o “madre” va más allá de la biología. Sobre el valor de la socioafectividad en el derecho de filiación y hacia un posible reconocimiento de la multiparentalidad», *Entre Persona y Familia* (directores J. R. De Verda y G. Carapezza), Reus, Madrid, 2023, pp. 989-990; TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*, 2013, vol. 6, p. 265 y «De la paternidad biológica a la paternidad social», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II (coordinadores F. P. Blasco Gascó et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2567-2568 y VERDERA SERVER, R., «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, 2016, vol. 30, pp. 115 y ss.

28. FERRER RIBA, J., «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, N.º 3, p. 756, sugiere no tener que optar necesariamente entre la parentalidad genética y la social, sino «acomodarlas». En el mismo sentido, entre la doctrina chilena, véase ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia nacional», *Estudios de Derecho Privado, III Jornadas Nacionales de profesoras de derecho privado* (editoras R. Álvarez, P. Prado y R. Saavedra), Edeval, Valparaíso, 2023, p. 167.

29. Así, CLARKE, J.A., «They, them, and Theirs», *Harvard Law Review*, 2019, Vol. 132, p. 94. En cualquier caso, es posible desligar la averiguación de la verdad biológica, que se relaciona más con los derechos fundamentales de identidad y libre desarrollo de la personalidad, y la determinación de la paternidad, que puede responder al nexo biológico, pero que puede tener en cuenta otros factores. En este último sentido VERDERA SERVER, R., «Ser padre», cit., pp. 110-111.

entre ellos se hayan instaurado vínculos afectivos semejantes a los paterno-filiales, que es lo que permite efectivamente hablar de un eventual conflicto entre la paternidad biológica y la socioafectiva. Si quien ha prestado esos cuidados lo ha hecho sin presentarse como padre o como madre no existiría un problema de conflicto entre las paternidades (por ejemplo, un familiar que ha acogido al niño en su hogar y lo ha cuidado, sin pretender ser otra cosa que su tío).

1.1. Ejemplos de ordenamientos latinoamericanos: Brasil y Cuba

El origen del concepto de socioafectividad se halla en Brasil. Aunque no existe una regulación específica de la socioafectividad en el ordenamiento brasileño, se entiende que aquella es un título de determinación de la filiación con apoyo en el artículo 1593 del Código Civil de 2002, el cual afirma que: «O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem». El parentesco consanguíneo se produce como resultado de vínculos biológicos, y el parentesco civil deriva de presunciones, de la adopción y de la socioafectividad. La doctrina señala que, ante la ausencia de regulación explícita y, por tanto, ante la ausencia de individualización de los requisitos precisos para el nacimiento de una relación de filiación sustentada en la socioafectividad, habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso para verificar si hay un trato paterno-filial entre el adulto y el menor, y si concurre una exteriorización pública de tal trato³⁰. La posesión del estado de hijo constituye el fundamento para el reconocimiento de la filiación socioafectiva, esto es, la creencia de la condición de hijo, fundada en fuertes lazos de afecto construidos a lo largo del tiempo³¹. Igualmente se mantiene que, una vez que la paternidad socioafectiva es reconocida, dicha relación parental no puede ya extinguirse. De ahí que progenitores sociales pueden serlo diferentes personas en distintos momentos en la vida del menor, sin limitación de género o de estatus marital³².

Brasil ha sido el escenario de un encendido debate doctrinal sobre si debe prevalecer la paternidad biológica o la socioafectiva. La sentencia del Tribunal Supremo Federal de Brasil de 21 de septiembre de 2016 constituye el primer reconocimiento jurisprudencial de la filiación socioafectiva en dicho ordenamiento³³. Una adolescente de dieciséis años de edad descubre que su padre registral no es su padre biológico, por lo que solicita la anulación del registro original de paternidad socioafectiva, requiriendo, además, que se reconozca la paternidad biológica y una pensión de alimentos hasta la finalización de

30. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 128.

31. BERENICE DIAS, M., «Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, p. 23.

32. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 128.

33. STF, Tribunal Pleno, Recurso extraordinario 898.060 y SC, Rel. Min. FUX, L., j. 22/09/2016. Ponente: Luiz Fux.

sus estudios universitarios. En su fallo el Tribunal de Justicia de Santa Catarina reconoce la filiación biológica de la recurrente. El padre biológico interpone un recurso ante el Tribunal Supremo alegando que el vínculo socioafectivo entre ella y su padre registral (no controvertido en el proceso) impide la modificación del registro, considerando que la única solución sería una mera declaración de paternidad genética, que no lleve consigo ni el reconocimiento del parentesco civil ni el de derechos hereditarios. Por su parte, la hija del recurrente esgrime que la protección constitucional de la familia abarca la paternidad en toda su complejidad. Argumenta que, si su vínculo biológico estaba oculto y lo descubre años más tarde, ella tiene derecho a la rectificación registral y al reconocimiento completo de la paternidad biológica, incluso con efectos patrimoniales.

El tribunal admite la socioafectividad como un valor jurídico y un principio inherente al ordenamiento civil-constitucional brasileño, que incide en la dignidad humana y en los derechos personalísimos, con una especial proyección en el derecho a la identidad de los hijos. Apunta, además, como gran novedad, la inexistencia de jerarquía entre la paternidad biológica y la socioafectiva, poniéndose fin con ello a las dudas sobre la posibilidad legal de la pluriparentalidad en Brasil³⁴. Se ha sugerido igualmente por la doctrina que la elección entre uno y otro tipo de progenitor por parte del menor podría causar a este último un perjuicio³⁵.

Este tipo de relación filial basada en la socioafectividad, además de reconocerse en Brasil por la vía judicial, también ha sido objeto de reconocimiento en vía administrativa. Así, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, mediante resolución N.º 63, de 14 de noviembre de 2017, modificada por la resolución N.º 83, de 14 de agosto de 2019, ha admitido el reconocimiento voluntario de la paternidad o la maternidad socioafectiva ante los oficiales del Registro Civil. Se trata de una actuación extrajudicial, respecto a menores mayores de doce años, fundamentada en una situación de hecho que debe ser acreditada por todos los medios de prueba disponibles para la comprobación de los elementos de nombre, trato y fama respecto al menor. Además, se exige el consentimiento del hijo y de sus progenitores, y ha de contar con la autorización del Ministerio Público³⁶. Tal reconocimiento es de carácter irrevocable y da lugar a idénticos efectos que la filiación

34. Tal sentencia está comentada en VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y CHAVES, M., «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2018, N.º 48, pp. 136-139.

35. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 131.

36. PÉREZ GALLARDO, L. B., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 200-201, considera, con acierto, más conveniente el reconocimiento de la multiparentalidad desde el ámbito judicial y no registral, por varias razones: la naturaleza colegiada de los tribunales, su experiencia profesional, la necesidad de valoración de medios probatorios, la intervención fiscal en todo caso y la participación de equipos multidisciplinares, integrados por psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, que velen por el juego del principio del interés superior del menor.

biológica que, en su caso, estuviera ya determinada, pudiendo coexistir ambas, tal y como se ha explicado con anterioridad. Solo se permite inscribir a un ascendiente socioafectivo, de modo que la inclusión de más de un padre o madre socioafectivos debe tramitarse por la vía judicial³⁷.

Por su parte, y ya en relación al ordenamiento cubano, el artículo 81 de la Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019 sostiene de forma expresa, como una característica esencial del concepto de las familias, la socioafectividad. De esta forma señala que: «Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias (...). Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes (...)»³⁸. El desarrollo legislativo del anterior precepto se halla en el Código de las Familias de Cuba aprobado por la Ley 156/2022 de 22 de julio (en adelante CFC)³⁹. En primer lugar, en el artículo 3 e) CFC, según el cual las relaciones familiares se rigen, entre otros, por el principio de socioafectividad, y en el artículo 21 CFC, el cual lleva por rúbrica «Parentesco socioafectivo», y que se define en el apartado primero como aquel que «se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo que pueda justificar una filiación». Tal parentesco socioafectivo se reconoce ya en un precepto independiente de los dedicados, respectivamente, a los parentescos por consanguinidad, al derivado de la adopción y al que surge por afinidad; considerándose como la mayor aportación del CFC en materia filiatoria⁴⁰.

El apartado 2º del citado artículo 21 CFC afirma que el parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente por el tribunal competente y tiene idénticos efectos que el parentesco consanguíneo. Y en similar sentido el artículo 51 CFC señala que la filiación, cualquiera que sea su fuente, produce los mismos efectos jurídicos. Así, la filiación determina la responsabilidad parental, los apellidos, la obligación legal de dar alimentos, los derechos sucesorios y demás efectos establecidos por las leyes.

37. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «La socioafectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», *Persona, familia y género. Liber Amicorum a María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Atelier, 2022, p. 167.

38. *Gaceta Oficial de la República de Cuba* N.º 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

39. *Gaceta Oficial de la República de Cuba* N.º 99 Ordinaria de 27 de septiembre de 2022.

40. Así, PEREDA MIRABAL, A.M., «La filiación en el nuevo Código de las familias de Cuba. Especial referencia a la socioafectividad y su relación con el derecho a la identidad», *Derechos de las Familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano* (directores M. Herrera y L. B. Pérez Gallardo), Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 204.

Aunque la regla general en el Código de Familias de Cuba es la binaridad filial (artículo 55.1⁴¹), se reconoce la multiparentalidad de modo excepcional en el artículo 56.1, el cual establece que: «Excepcionalmente, una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias o por causas sobrevenidas». La fuente de la multiparentalidad originaria, regulada en el artículo 57 CFC, es la voluntad procreacional de las personas involucradas en un proyecto de parentalidad, ya sea o no a través de la procreación asistida o natural. La que aquí interesa para el presente trabajo es la recogida en el artículo 58 a) CFC, esto es, la multiparentalidad sobrevenida en el supuesto de que se reconozca por el juez, o bien una filiación socioafectiva que se añade a la filiación biológica, o bien una nueva filiación biológica que se suma a dos ya determinadas con carácter previo (una de ellas socioafectiva) y que no las desplaza, pudiendo converger las filiaciones de distinto signo si ello es acorde con el principio del interés superior del menor⁴².

Los sujetos legitimados para solicitar el reconocimiento filiatorio socioafectivo son el padre y madre socioafectivos, el hijo o hija que busca el reconocimiento filiatorio respecto de quien ha consolidado un vínculo socioafectivo con él y la fiscalía⁴³. Los requisitos previstos en el artículo 59 CFC para que tenga éxito el reconocimiento judicial de la socioafectividad son los siguientes: primero, debe oírse al niño, la niña o adolescente sobre el que recae el reconocimiento filiatorio; en segundo lugar, se exige el carácter notorio y estable de la posesión de estado (aludiéndose con ello a lo que se ha llamado fama, es decir, comportamiento público, evidente, frente a terceros, ya sean familiares, amigos o miembros de la comunidad en la que se desarrolla la vida). En tercer lugar, se requiere el *tractatus*, o comportamiento como padre o madre de ese menor, aun cuando no tenga vínculo consanguíneo alguno con él, y el correspondiente comportamiento como hijo o hija respecto de la persona reconocida. En cuarto lugar, es preciso una voluntad o intención de asumir tal parentalidad prolongada en el tiempo⁴⁴.

Interesante es también el ordenamiento chileno, en el que la Ley N.º 19.585, 1988, introduce en los artículos 200 y 201 del Código Civil la figura de la posesión notoria de la calidad de hijo como una excepción a la regla general del sistema de filiación chileno sustentado en la verdad biológica. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto a una persona consiste en que esta última le haya tratado, al menos durante cinco años continuos, como tal hijo, educándole y mostrándole con este carácter hacia el exterior. Si tal posesión notoria resulta debidamente acreditada, tendrá preferencia sobre la biológica en caso de ser ambas contradictorias, salvo que haya razones graves por las

41. «Como regla general, las hijas y los hijos tienen dos vínculos filiatorios».

42. PÉREZ GALLARDO, L. B., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», cit., p. 209.

43. *Ibidem*, p. 215.

44. *Ibidem*, pp. 210-212.

que la preferencia a favor de la posesión notoria vaya en contra del interés del menor⁴⁵. El legislador chileno ha optado, pues, con tales preceptos legales por privilegiar los lazos de afecto sobre los de sangre. Se ha puesto de relieve que la jurisprudencia va más allá, pareciendo entender, a partir de sus pronunciamientos de 2019, que tal regulación normativa excepcional no queda restringida a constituir un medio de prueba para defender la estabilidad familiar e impedir la reclamación tardía de un padre o madre biológico, sino que la posesión notoria podría llegar a ser el fundamento para la interposición de acciones de reclamación o impugnación de la filiación⁴⁶. Casi todos los casos que se han resuelto se refieren a familias reconstituidas y al papel que desempeña el nuevo cónyuge o pareja de la madre, vislumbrándose ya la posibilidad futura de que se utilice este cauce para el reconocimiento de dobles paternidades o maternidades⁴⁷.

1.2. ¿Es equivalente el concepto de parentalidad social o socioafectiva con la figura de la posesión de estado del Código Civil español?

Se ha apuntado que quizás la inclusión de la socioafectividad en el sistema jurídico de la filiación no es una cuestión tan nueva en la medida en que ya desde antiguo el derecho de filiación ha dado relevancia a la posesión de estado, que presume las relaciones afectivas entre quienes se tratan como padre o madre e hijo e hija⁴⁸. A continuación, expongo cómo en absoluto cabe considerar equivalentes los conceptos de paternidad social o socioafectiva y de posesión de estado, al menos tal y como se recoge este último en el Código Civil español. A falta de regulación legal, puede definirse la posesión de estado como la apariencia de que existe entre dos personas una relación de filiación,

45. El artículo 200 del Código Civil de Chile señala que: «La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de una determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le haya reputado y reconocido como tal».

Por su parte, el artículo 201 del citado Código afirma que: «La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico».

46. En este sentido, con un análisis de tal tendencia jurisprudencial, ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija», cit., pp. 162-166.

47. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija», cit., p. 164.

48. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., «Prólogo», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, p. 17.

creada por el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido esencial de dicha relación y por la convicción de la generalidad⁴⁹. Esto es, se trata de la relación fáctica que hay entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo e hija.

Los tres elementos necesarios para la concurrencia de posesión de estado son, en primer lugar, el *nomen* (empleo habitual de apellidos), segundo, el *tractatus* (actos de atención y cuidado del hijo que supongan el cumplimiento de la función propia de un progenitor) y, por último, la fama (una exteriorización constante de la relación de estado, que da lugar a una apariencia de filiación creada por el ejercicio reiterado de sus potestades y deberes). En el ámbito extramatrimonial estas exigencias se relajan (sobre todo en cuanto al *nomen*)⁵⁰. Para la concurrencia de la posesión de estado, en suma, es preciso la constancia continua y actual de hechos públicos repetidos y encadenados de los que derive el goce público de una relación de filiación⁵¹.

1.2.1. Primera diferencia

La primera gran diferencia que cabe reseñar entre los conceptos de paternidad socioafectiva de determinados ordenamientos latinoamericanos antes aludidos (Brasil, Cuba) y el concepto de posesión de estado es que este último, conforme a la regulación del Código Civil español, no es fuente de filiación, mientras que la paternidad socioafectiva sí lo es. Así, en el artículo 108 del Código Civil español se afirma que la filiación puede tener lugar por naturaleza y adopción, a lo que ha de añadirse la voluntad procreacional de acuerdo con la legislación de técnicas de reproducción asistida. La posesión de estado solo prueba, hoy por hoy, una filiación surgida de otras fuentes, pero no puede dar lugar por sí misma al vínculo paterno-filial⁵². De este modo en el ordenamiento español no cabe «usucapir» el estado de padre o madre ni el *status filiae*⁵³. Ahora bien,

49. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La filiación, entre biología y derecho», *Prudentia Iuris*, 2013, N.º 76, p. 88 nota de pie de página 10.

50. Una síntesis de estos requisitos en el Fdo. 2º de la STS de 9 de mayo de 2018 (RJ 2018/1854. Ponente: Excm. Sra. M. Ángeles Parra Lucán), y un análisis doctrinal de los mismos en DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor», *RCDI*, 2014, N.º 744, pp. 1926-1927.

51. STS 27 de enero de 2022 (Fdo 5º) (RJ 2022/576). Ponente: Excm. Sra. M. Ángeles Parra Lucán.

52. Según BARBER CÁRCAMO, R., «Situación actual del derecho de filiación en España», *ADC*, 2023, fasc. 4, p. 1383, hay acuerdo doctrinal en España en que la posesión de estado no es título de determinación de la filiación.

53. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., «La posesión de estado de padre como fuente de la filiación», *Diario La Ley*, 27 de mayo de 2015, N.º 8548, Sección Doctrina, Ref. D-210, epígrafe 1 «Punto de partida: no cabe usucapir el status filiae», LA LEY 3450/2015 (consulta online).

en algunos pronunciamientos jurisprudenciales (SSTS de 5 de diciembre de 2013⁵⁴ y de 15 de enero de 2014⁵⁵) el Tribunal Supremo ha mantenido que la posesión de estado es fuente de filiación si va acompañada de otros elementos. A raíz de dos demandas interpuestas al amparo del artículo 131 CC, se admite en estos casos la determinación judicial de la maternidad de las que en su día fueran, bien la esposa, bien la pareja de hecho de la madre biológica del menor o menores, teniendo como denominador común ambos supuestos la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para la determinación extrajudicial de la doble maternidad en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida (artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida –LTRHA– en su redacción vigente en el momento de los hechos)⁵⁶.

En el primero de los pronunciamientos, STS de 5 de diciembre de 2013, se apunta que el artículo 131 CC, que regula la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial con base en la posesión de estado, puede ejercitarse por la madre no gestante, en última instancia, en virtud de la remisión que el artículo 7.1

54. RJ 2013/7566. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

55. RJ 2014/1265. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

56. Así como, al menos en estos dos pronunciamientos relativos a la determinación judicial de la doble maternidad, el Tribunal Supremo parece reconocer, junto a otros elementos, la posesión de estado como causa de determinación de la filiación, lo ha rechazado en los casos que ha resuelto hasta ahora sobre gestación subrogada. Así, en la STS de 16 de mayo de 2023 (Ponente: Excmo. Sra. M. Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/2751) y en la STS de 31 de marzo de 2022 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2022/1190), comentada esta última por FARNÓS AMORÓS, E., «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª, Pleno, de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de encrucijada actual», *ADC*, 2022, T. III, pp. 1281-1314. Merece a esta autora (cit., p. 1296) una valoración positiva el rechazo por parte del Tribunal Supremo del recurso a la posesión de estado para determinar la filiación resultante de un acuerdo de gestación subrogada comercial respecto de un progenitor de intención sin vínculo genético con el nacido.

Por su parte la mediática STS de 16 de mayo de 2023 en virtud de sus protagonistas (Nacho Palau frente a Miguel Bosé) resuelve un caso en que, con base en la posesión de estado del artículo 131 CC, el demandante ejercita una doble acción para que se declare su paternidad respecto de los dos hijos biológicos de quien era su pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos hijos biológicos del propio actor. Parece que los menores fueron fruto, respectivamente, de dos contratos de maternidad subrogada, cada uno de ellos suscrito exclusivamente por su respectivo progenitor biológico, sin que ninguno de los litigantes interviniera ni prestara su consentimiento para la gestación de los niños que no eran hijos biológicos suyos. El fallo no ha lugar al recurso de casación, manteniendo que el vínculo socioafectivo de los cuatro menores entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación, debiendo ser el cauce de la adopción el único viable para este tipo de hipótesis. Considera, además, la sentencia que a la misma conclusión ha de llegarse a la luz del interés superior del menor, ya que el mero beneficio económico o el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo al que podría llegarse en virtud de la paternidad reclamada, no son criterios para atribuir la filiación.

LTRHA hace a las leyes civiles⁵⁷. La aplicación del citado precepto a los casos de doble maternidad le lleva al Tribunal Supremo a sostener, por una parte, que la posesión de estado de la madre no gestante es una causa para atribuir a su favor la filiación de las dos niñas nacidas, aunque no haya nexo biológico entre ellas y, por otra parte, que tal posesión de estado constituye un refuerzo del consentimiento dado por aquella al uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de la madre gestante en la clínica. El Tribunal Supremo considera, como hecho probado por las sentencias de instancia, la posesión de estado: por un lado, hay una relación de hecho de carácter materno-filial durante un tiempo determinado entre la demandante, madre no gestante, y las dos menores nacidas fruto de las técnicas de reproducción asistida (las niñas nacen el 14 de diciembre de 2007 y el matrimonio entre las dos mujeres no se rompe hasta junio de 2009). Por otro lado, también deriva tal posesión de estado de los actos llevados a cabo por la propia excónyuge demandada, que solicita, al nacer las niñas, que consten en el Registro Civil los datos de su cónyuge relativos a la filiación. El último argumento utilizado para fundamentar el fallo es la tutela del interés de las menores. Se considera que la determinación judicial de la maternidad de la no gestante es una medida que garantiza el interés de las tres hijas del exmatrimonio (las dos menores nacidas de las TRA y la tercera adoptada de modo previo por la no gestante), de modo que es la mejor solución para proteger la unidad y estabilidad entre las tres hermanas.

Por su parte, en la STS de Pleno de 15 de enero de 2014 se aplica similar argumentación a la ya utilizada en la STS de 5 de diciembre de 2013. El tribunal ha lugar al recurso de casación de la demandante, abriendo la puerta a la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial de una mujer, pareja de hecho de la madre gestante, por la vía de la posesión de estado⁵⁸. La diferencia entre ambos pronunciamientos

57. Se ha sostenido que este argumento no sería válido en la medida en que la normativa del Código Civil reguladora de las acciones de filiación está fundamentada hoy por hoy en la verdad biológica, de modo que la finalidad última del artículo 131 CC no es la declaración de la filiación por la mera posesión de estado sino la declaración de la existencia de una filiación por naturaleza. La posesión de estado no es más que un indicio de la filiación natural que se reclama, de modo que nunca tendría éxito con carácter general una acción de reclamación basada en la posesión de estado si las pruebas biológicas impiden la paternidad del que reclama. En este sentido se pronuncian tanto QUICIOS MOLINA, S., «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013», *CCJC*, 2014, N.º 95, pp. 11-13, como BARBER CÁRCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, N.º 28, p. 128. En contra se manifiesta MÚRTULA LAFUENTE, V., «Ser “padre” o “madre” va más allá de la biología», cit., pp. 975 y 986, para quien el Código Civil no parece requerir que la posesión de estado deba corresponderse necesariamente con una realidad biológica, añadiendo, además, que la posesión de estado ofrecería los parámetros necesarios para el reconocimiento de la filiación socioafectiva en el derecho español.

58. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España», *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coordinadoras P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), Boletín del Ministerio de

radica en que la STS de 15 de enero de 2014 no otorga tanto valor al consentimiento procreacional como el que le da la sentencia de 2013, sino que el peso del fallo recae sobre todo en la posesión de estado. El motivo seguramente se halla en que, así como en la dictada en 2013 es un hecho probado que las dos mujeres dan su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en el centro médico, en la sentencia de 2014 la prueba de que la madre no gestante consiente la fecundación no es tan indudable. Sí que valora también el tribunal en esta última decisión el interés del menor en que prosiga la relación con la mujer demandante, en la medida en que había existido una unidad familiar entre ambas mujeres durante tres años y el hijo biológico de la demandada.

Posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo (cuya magistrada ponente es M. Ángeles Parra Lucán) parecen, tal y como se ha sostenido con acierto, haber frenado el camino iniciado por las dos anteriores sentencias; pero, sin embargo, tampoco lo han negado, en la medida en que, aunque finalmente desestiman la demanda, tanto la STS de 27 de enero de 2022⁵⁹ como de 11 de julio de 2022⁶⁰, afirman de modo implícito la posibilidad de determinación de la segunda maternidad no matrimonial si se hubiera logrado realmente acreditar una constante posesión de estado y tal determinación fuese conforme con el interés superior del concreto menor⁶¹. En el primero de los citados pronunciamientos las razones de la desestimación de la demanda de reclamación de la maternidad extramatrimonial por quien fuera, primero pareja y luego esposa de la madre biológica, son dos. La primera es que no se considera probada la constante posesión de estado por la brevedad del tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del menor hasta la separación de ambas mujeres (apenas cuatro meses), a lo que se añaden otras circunstancias (contactos muy esporádicos con el niño, los cuales son debidos, sobre todo, a la amistad con la madre, y la ausencia por parte de la actora de un intento de solicitud de medidas personales y patrimoniales respecto del menor en el procedimiento de divorcio entre ambas mujeres). El segundo argumento

Justicia, Madrid, 2015, p. 161, subrayó que con este fallo seguramente el Tribunal Supremo trataba de paliar la insatisfacción manifestada en ese momento por la doctrina ante los estrechos márgenes del artículo 7.3 LTRHA, en concreto, ante su limitación subjetiva excluyendo de la doble maternidad a las parejas de hecho homosexuales de mujeres, restringiéndose a las casadas.

59. RJ 2022/576.

60. RJ 2022/3820.

61. En este sentido QUICIOS MOLINA, S., «Doble maternidad y acciones de filiación: concepto de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS, de 27 de enero de 2022», *CCJC*, 2022, N.º 120, epígrafe II. «Una sentencia atinada y necesaria sobre la determinación judicial de la maternidad matrimonial: afirmaciones a tener en cuenta por los órganos de instancia» (consulta online). Por su parte, señala BARBER CÁRCAMO, R., «Situación actual del derecho de filiación en España», cit., pp. 1383 y 1387, que, aun no habiéndose rectificado la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2013 y 2014, el Tribunal Supremo no ha dictado un posterior pronunciamiento con el mismo sentido y fundamentación que los citados.

del fallo es que la estimación de la reclamación de la maternidad no atendería al interés superior del menor, el cual no ha de entenderse que existe solo por el hecho de que el cumplimiento de los deberes paterno-filiales recaería en dos personas. Se subraya que, por las circunstancias del caso, no se da tal necesidad de preservar la unidad o estabilidad familiar frente a los supuestos antes analizados de 2013 y de 2014.

En la STS de 11 de julio de 2022 tampoco se aprecia la concurrencia ni de una posesión de estado constante, ni de la necesidad de salvaguarda del interés superior del menor. Por una parte, no negando en principio la existencia de una relación sentimental entre las dos mujeres ni que la demandante sintiera afecto por el menor, se concluye que, del comportamiento de la actora, no deriva una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. Entre otros hechos, no consiente en su día la inseminación de su pareja, no lleva a cabo ningún intento de determinación posterior de la filiación por las vías legales disponibles, como la adopción, o no asume nunca el pago de los gastos del menor. Además, a juicio del tribunal, constituyen un buen reflejo del modelo de familia que ha existido entre la madre biológica demandada y su hijo la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y del hijo, la tarjeta sanitaria de este último con los apellidos de su madre o que el menor llame «papá» a la actual pareja de la madre. Por otra parte, se considera que la estimación de la demanda sería improcedente en cuanto el menor no desea mantener relación con la demandante, siendo contraria tal relación a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente.

Tras las dos anteriores sentencias, se dicta en la misma línea la STS de 11 de marzo de 2024⁶², que resuelve el recurso de casación de la madre biológica de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo, frente a las sentencias de instancia que habían estimado la demanda de reclamación de filiación no matrimonial con existencia de posesión de estado interpuesta por quien fue pareja de la recurrente ya durante el tiempo de la concepción. El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación en cuanto no aprecia en la demandante, tras los actos posteriores al nacimiento, un comportamiento por su parte de asunción de las necesidades cotidianas del menor que reúna los requisitos de constancia y exteriorización necesarios para poder hablar de posesión de estado. Así, durante la convivencia con el menor, que fue de escaso año y medio desde su nacimiento, la pareja de la madre biológica nunca estuvo en las visitas al pediatra ni recibió autorización para recoger al menor de la guardería.

Un hecho significativo es que, con anterioridad al nacimiento, la madre biológica otorga testamento en el que designa tutora del niño a la abuela de este último y no a su propia pareja, en cuyas capacidades para la crianza de su futuro hijo no parecía confiar. Tras la separación entre las dos mujeres, la demandante no solicita un régimen de visitas como allegada ni vuelve a tener contacto con el menor. Por consiguiente, para el tribunal es claro que no parece haber una vinculación afectiva entre la expareja de la madre

62. JUR 2024/87492. Ponente: Excm. Sra. M. Ángeles Parra Lucán.

biológica y el hijo, y no aprecia ningún beneficio para este si se constituyera ahora de nuevas una relación maternal que realmente nunca ha existido.

Volviendo de nuevo a la normativa española del derecho de filiación, puede concluirse que, hoy por hoy y conforme a aquella, la posesión de estado cumple importantes funciones, pero ninguna de ellas convierte al poseedor de hecho en poseedor de derecho, por mucho tiempo que haya estado en tal rol y aunque tal opción sea de interés para el menor. Así, en primer lugar, es un medio de prueba indirecta de la filiación en la determinación judicial de la misma (en este sentido el artículo 767.7 LECiv establece que «aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo»). Se ha sostenido que lo característico de tales hechos radica en que de ellos se infiere una filiación por naturaleza, es decir, biológica. Así, lo que se reclama o impugna mediante esta acción no es una adopción (que ha de acreditarse de forma exclusiva por el auto que la constituye), sino la naturaleza. La posesión de estado es la del estado de progenitor biológico⁶³.

En segundo lugar, la posesión de estado es un medio para probar extrajudicialmente la filiación, incluido en último lugar y de carácter subsidiario. De este modo, el artículo 113.1 CC afirma que: «La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado (...)». Está previsto, pues, que pueda utilizarse como medio de prueba cuando no es posible aportar ni certificación registral, ni documento que contenga reconocimiento, ni sentencia, etc⁶⁴. La tercera función de la posesión de estado consiste en que la concurrencia de la misma legitima a cualquier persona para que pueda ejercitarse la acción de reclamación de la filiación (así, según el artículo 131 CC: «cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado [...]»). Si falta la posesión de estado, la legitimación activa para la reclamación de la filiación se reduce a los directamente implicados, que son el hijo o hija y los progenitores.

Por consiguiente, como puede concluirse de la normativa vigente reguladora de la filiación en el Código Civil español, la concurrencia de la posesión de estado en la actualidad no puede convertir a una persona en padre o madre. Lo único que pueden

63. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., «La posesión de estado de padre como fuente de la filiación», epígrafe V. «Las funciones de la posesión del estado de padre» (consulta online).

64. La acreditación de la filiación presupone necesariamente su determinación, y no se puede acreditar lo que no existe. Por ello, la doctrina ha esgrimido, en relación con este precepto, que parece una contradicción que en el mismo se pueda utilizar la posesión de estado como medio de acreditación cuando no es posible aportar ni certificación registral, ni documento que contenga reconocimiento, ni sentencia, etc. En este sentido MAYOR DEL HOYO, V., «Comentario al art. 113 CC», *Comentarios al Código Civil* (directores A. Cañizares Laso, A. et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1056.

conferir la convivencia y el afecto prolongado en el tiempo entre un adulto y un menor es la condición de allegado prevista en el artículo 160.2 CC, la cual permite reconocer un régimen de relaciones personales entre ellos («No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados»). Si se quiere avanzar hacia el reconocimiento de la parentalidad socioafectiva, con apoyo en los requisitos necesarios para que concurra posesión de estado, debería existir un pronunciamiento expreso del legislador español en tal sentido, de forma análoga a como se ha hecho, por ejemplo, en el ordenamiento cubano.

1.2.2. Segunda diferencia

Abordo, a continuación, la segunda diferencia entre la paternidad socioafectiva reconocida en los ya aludidos sistemas jurídicos brasileño y cubano y nuestro concepto de posesión de estado. De acuerdo con el Código Civil español, la existencia previa de posesión de estado entre una persona adulta y un menor no impide el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por parte del progenitor biológico cuando no concurre posesión de estado a su favor. Y ello en virtud de los artículos 132 a 134 CC, que diferencian, en cuanto al régimen jurídico, entre la acción de reclamación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial. La primera de ellas es de carácter imprescriptible, correspondiendo a cualquiera de los dos progenitores y al hijo o hija (artículo 132.1 CC); mientras que la segunda corresponde al hijo o hija durante toda su vida y a los progenitores en el plazo de un año, contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación (artículo 133 CC)⁶⁵. Por tanto, cuando entra en pugna una filiación biológica sin posesión de estado frente a quien ha venido ejerciendo las funciones de padre o madre, conforme al Código Civil vigente y siempre que concurran los presupuestos referidos para la estimación de la acción de reclamación de la filiación, prevalece el nexo biológico, y a lo más que en principio puede aspirar quien ha tenido la posesión de estado, es a disfrutar, como ya he apuntado en el anterior epígrafe, de un régimen de relaciones personales con el menor en concepto de «allegado»⁶⁶. Esta

65. DÍAZ PARDO, G., «Multiparentalidad v. filiaciones contradictorias», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 273 y 276, señala que la opción del legislador de reducir a un año la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial por parte del progenitor biológico sin posesión de estado, frente a otra persona que sí la tiene, responde a una cierta desconfianza ante el peligro del quebranto de relaciones familiares ya consolidadas y los posibles abusos de las reclamaciones extemporáneas.

66. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La filiación, entre biología y derecho», cit., p. 88, para quien la propia posibilidad de ejercitar estas acciones de reclamación e impugnación de la filiación implica dar preferencia a la filiación biológica (que es la que se reclama) frente a la legal (que es la que se impugna). QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 41, 57 y ss y 88, se muestra muy crítica con la regulación del vigente derecho español (y también del derecho catalán) en cuanto ambas normativas no limitan la legitimación del padre biológico para la reclamación judicial de su

es precisamente la segunda gran diferencia entre la paternidad socioafectiva y la posesión de estado en el actual Código Civil español, en cuanto que la paternidad socioafectiva puede coexistir con la paternidad biológica en los ordenamientos donde aquella se admite (brasileño y cubano), tal y como se explicó en el epígrafe 1.1⁶⁷.

Por tanto, la posesión de estado en el vigente Código Civil español, y mientras no se reforme la regulación, sirve en tanto no sea desplazada por la prueba biológica, la cual, cuando surge el conflicto, normalmente prevalece sobre el vínculo afectivo. Voces doctrinales en el ordenamiento español sostienen que la preferencia de la paternidad biológica sobre la posesión de estado, desplazando de este modo al adulto poseedor, genera una situación injusta para el menor y que el hecho de que exista un adulto «social» que ha asumido la responsabilidad en la crianza y la educación del menor no debería eximir en ningún caso al progenitor biológico de su responsabilidad original⁶⁸. Precisamente porque la posesión de estado posee funciones muy limitadas en el actual derecho de filiación español, restringidas fundamentalmente a ser un medio probatorio, parece lógico que se proponga la adopción y desarrollo por el legislador de un nuevo concepto de parentalidad social, que coexista con la paternidad apoyada en la verdad biológica⁶⁹.

Desde esta última perspectiva se sostiene con acierto que la admisión de este nuevo tipo de parentesco basado en el afecto no pone en tela de juicio el fundamento de la filiación por naturaleza como institución jurídica. El reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva basada, desde su origen, en la voluntad de comportarse como padre o madre y de asumir el conjunto de deberes de cuidado, atención y alimentos que integran la relación de filiación con un menor de edad, a través de la convivencia

paternidad en los casos en que la paternidad ya está determinada respecto de otro varón con quien el menor mantiene una relación sociofamiliar satisfactoria y beneficiosa.

67. Sin embargo, en el Código Civil francés (<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/>), frente a los ordenamientos latinoamericanos citados, si bien parece que la posesión de estado es un modo autónomo de determinación de la filiación, bien mediante un acta de notoriedad notarial (art. 310-1), bien mediante sentencia judicial (art. 330), ello no supone necesariamente la coexistencia de la filiación social y afectiva y la filiación biológica cuando resultan contradictorias. Así, su artículo 335, en el caso de la filiación establecida mediante acta de notoriedad, permite que esta pueda ser impugnada por el progenitor biológico dentro del plazo de diez años a contar desde la fecha del otorgamiento de la escritura. Consúltese MALAURIE, P. y AYNÈS, L., *Droit de la Famille*, 7 édition, LGDJ, Paris, 2020, pp. 488-491.

68. GONZÁLEZ COLOMA, G., «El valor jurídico de la socioafectividad en el nuevo concepto de pluriparentalidad en el derecho de familia», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, p. 343. Insiste en que la elección entre uno u otro progenitor podría causar un perjuicio al menor CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 132.

69. Véase la doctrina citada en las notas 26 y 27 del presente trabajo.

con este último, no vulneraría la CE, por mucho que el artículo 39 de la misma consagre el principio de libre investigación de la paternidad. De hecho, este último principio resulta aplicable solo a la filiación por naturaleza, pero no a los otros tipos de filiación (la adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción asistida). Los valores constitucionales en los que se sugiere que cabría sustentar una regulación del parentesco socioafectivo serían el de la protección de la familia y los hijos (art. 39 CE), el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10 CE)⁷⁰.

A la vez se han señalado las hipótesis en las que podría resultar útil el reconocimiento de la parentalidad socioafectiva: primero, en los denominados reconocimientos de complacencia. Se propone que estos reconocimientos de complacencia admitidos en los últimos años pasen a ser reconocimientos basados en la relación afectiva entre padres e hijos, con el fin de dotarles de consistencia y que el fundamento no se halle únicamente en la mera voluntad ni en el simple deseo de complacer a la pareja, madre del menor. Se evitaría con ello la inestabilidad que implica hoy la admisión de una impugnación posterior por el propio reconocedor basada en la falta del dato biológico, cuando dicha ausencia ya se conocía por este último en el momento del reconocimiento⁷¹. La segunda hipótesis en que podría ser de utilidad igualmente la parentalidad socioafectiva es en el caso de las nuevas parejas de un progenitor viudo, cuando la adopción no se considere una vía adecuada debido a las implicaciones que esta lleva consigo de ruptura de los lazos con la familia del fallecido, o el cambio de apellidos. Por último, también se afirma que, en aquellos casos en que concurre una posesión de estado por parte del cónyuge o pareja de uno de los progenitores biológicos del menor, y tiempo después el otro progenitor biológico interpone una acción de reclamación de filiación, no debería extinguirse sin más la paternidad «socioafectiva» y que, incluso, podría llegar a admitirse la multiparentalidad⁷².

Desde luego comparto que puede haber determinadas razones de peso para cambiar la normativa de filiación vigente del Código Civil español, como es la adaptación a la nueva realidad social, a los nuevos modelos familiares y al predominio creciente del afecto sobre los lazos de sangre, pero lo que es indudable, a mi juicio, es que tal cambio a favor del reconocimiento de la parentalidad socioafectiva debería proceder del legislador y no de la jurisprudencia, que no es fuente del derecho. En este sentido es muy importante caer en la cuenta de que el problema no es el reconocimiento en sí de la socioafectividad, sino la regulación de los presupuestos que deberían concurrir para la existencia de la misma y, sobre todo, de las consecuencias jurídicas que tal reconocimiento implicaría en el ordenamiento. Al incidir dicho reconocimiento en el ámbito de la filiación y sus

70. En este sentido BLANDINO GARRIDO, M.A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», cit., pp. 33-35.

71. DÍAZ PARDO, G., «Multiparentalidad v. filiaciones contradictorias», cit., p. 270.

72. En este sentido BLANDINO GARRIDO, M.A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», cit., pp. 40-41.

efectos, se trata de una materia que ha de regularse por normas de orden público, indisponibles por voluntad de las partes, por lo que la admisión de la socioafectividad como sustento de relaciones parentales sin base biológica, su comprensión y su alcance deben ser dispuestos por el legislador, conforme a la determinación que cada sistema efectúe⁷³. A la vez, ha de tenerse en cuenta que la admisión de la parentalidad social implica mucho más que una reforma en materia de filiación, dadas las múltiples implicaciones de esta última materia en otros ámbitos, como la vecindad civil, la nacionalidad, los apellidos, el derecho-deber de alimentos o los derechos sucesorios (artículos 14.3, 17 y 109-111, 142-143, 154.III, 155, 807 y 931 y ss CC)⁷⁴. La determinación de la filiación también genera, en última instancia, obligaciones a asumir por la descendencia, por lo que es posible que hijos e hijas, una vez alcanzada la mayoría de edad, deban hacer frente a responsabilidades de tipo alimenticio respecto a más de dos progenitores (biológicos y/o socioafectivos)⁷⁵. Desde luego el desarrollo de una propuesta de regulación integral de todos los aspectos implicados en la admisión de una parentalidad social excede el objeto del presente trabajo.

73. ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «La socioafectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», cit., p. 158.

74. En este sentido FARNÓS AMORÓS, E., «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo, L. B. y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022 p. 111.

75. También subraya la idea de que los hijos en la edad adulta tendrán más responsabilidades frente a un número mayor de personas TORRELLES TORREA, E., «De la Sagrada Familia de Murillo», cit., p. 1470. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., pp. 120-121, afirma, no obstante, que la seguridad jurídica no debería ser sinónimo de excesiva rigidez o inmovilismo, en un ámbito caracterizado, además, por la fluidez, la diversidad y la pluralidad actual.

2. SEGUNDA MANIFESTACIÓN: EL AFECTO COMO BASE PARA LA ASUNCIÓN DEL EJERCICIO DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

En esta segunda manifestación de la desencarnación de la relación paterno-filial y pérdida consiguiente del peso de la biología, la afectividad constituye el fundamento para la asunción del ejercicio de la responsabilidad parental, pero en ningún caso constituye causa autónoma de atribución de la filiación⁷⁶. El ejemplo al que me voy a referir para ilustrar esta segunda manifestación se ubica dentro de la regulación de las familias reconstituidas o ensambladas. Tras el reconocimiento del divorcio y la separación, los excónyuges pueden tener nuevas parejas y/o cónyuges, y los hijos de ellos son criados en este tipo de familias recompuestas, las cuales pueden revestir múltiples formas, ya sea con los hijos de uno solo de los miembros de la pareja nueva, o con los hijos de cada uno de ellos, o bien con hijos comunes de la nueva pareja. De este modo algunos ordenamientos empiezan a reconocer el vínculo afectivo existente entre el hijo o hija y la pareja o cónyuge de uno de sus progenitores biológicos (que recibe la denominación de padrastro, madrastra y madre o padre o adulto afín)⁷⁷.

Como explica SCHERPE⁷⁸, la mayoría de los ordenamientos europeos están basados en el paradigma de dos progenitores (*the two-parent-paradigm*), de modo que solo dos personas pueden tener la responsabilidad parental plena. Sin embargo, los *Principles on Parental Responsibilities*, elaborados por la Commission on European Family Law, aunque es cierto que no constituyen derecho positivo, permiten que más de dos personas posean y ejerciten la plena responsabilidad parental, en sustitución o de forma adicional a los padres, a pesar de que este no es ciertamente el principio común de los

76. Como explica SCHERPE, J. M., *The present and future of European Family Law*, Vol. IV, Edward Publishing Limited, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016, pp. 84 y 102-103, en 1999 Andrew Bainham sugirió la distinción entre los conceptos *parentage*, *parenthood* y *parental responsibility*. El concepto *parentage* es usado para denominar a los padres genéticos del niño, el concepto *parenthood* para denominar a quien jurídicamente es el padre del niño y el concepto *parental responsibility* es el término usado en muchos ordenamientos que, esencialmente, describe el derecho y el deber legal de adoptar decisiones para y respecto al menor. El término responsabilidad parental es ya utilizado en ciertos ordenamientos, como el catalán (arts. 233-8, 235-2.2 y 236.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña).

77. DETHLOFF, N., KAESLING, K. y LEVEN, F., «From Marriage to Family: Plurality of Family Forms from a Comparative Perspective», cit., p. 3. GETE-ALONSO, M. C. y SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 219, señalan, con acierto, que entre el adulto y el hijo de su pareja pueden establecerse vínculos afectivos profundos o más distantes, en función de cada supuesto concreto. Por lo general, los lazos emocionales son más intensos cuando falta el otro progenitor o este no cumple con sus funciones (por ejemplo, por muerte o por abandono), porque entonces la nueva pareja le sustituye. Y en la página 228 señalan que esta casuística hace poco aconsejable establecer unas reglas fijas que regulen las relaciones entre los hijos y el adulto afín.

78. *The present and future of European Family Law*, cit., pp. 108-109.

ordenamientos europeos⁷⁹. En la mayoría de tales ordenamientos, ante una hipótesis en que surja «un nuevo progenitor» (por ejemplo, si un matrimonio se divorcia y uno de los excónyuges se casa de nuevo), si este, por alguna razón, llegara a adquirir plena responsabilidad parental, sería porque alguien más (normalmente el progenitor no residente) habría perdido su responsabilidad parental, en la medida en que la regla es que solo puede haber dos personas que posean dicha responsabilidad. Una excepción es el caso de Inglaterra y Gales, donde la *Children Act* de 1989 ha roto el paradigma de los dos progenitores y ha permitido que más de dos personas ostenten la plena responsabilidad parental sobre un menor⁸⁰.

Cabe distinguir dos fórmulas distintas dentro de las familias reconstituidas. La primera es la asunción del ejercicio de las responsabilidades parentales por el adulto afín cuando el progenitor no residente no se encuentra involucrado en la vida del menor por la concurrencia de determinadas circunstancias (muerte, ausencia, incapacidad...). El fundamento para ello es, sin duda, la relación funcional o socioafectiva entre el adulto afín y el menor, en cuanto no hay entre ellos ni una relación genética ni una voluntad procreacional, pero sí sólidos lazos afectivos⁸¹.

Así, una buena muestra de esta primera hipótesis es el artículo 85.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba,

79. Consúltense los Principios 3: 2 (2) (b), 3:9 y 3:17 (disponible en <https://ceflonline.net/principles/>) (fecha de consulta: 15/02/2024).

80. Así, el artículo 2 de la *Children Act* 1989 señala:

«(5) More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time.

(6) A person who has parental responsibility for a child at any time shall not cease to have that responsibility solely because some other person subsequently acquires parental responsibility for the child».

Bajo esta previsión legal varias personas pueden adquirir la responsabilidad parental en adición a la de los padres legales, por ejemplo, los *step-parents* (s 4A *Children Act* 1989). Por consiguiente, en el caso de una pareja divorciada, cuyos excónyuges se han casado de nuevo (o bien han formalizado una pareja de hecho registrada), es posible que ambos padrastrros adquieran responsabilidad parental en adición a la ya existente responsabilidad parental de los dos progenitores legales. Por tanto, al final podría haber cuatro responsables parentales. Consúltense SCHERPE, J. M., *The present and future of European Family Law*, cit., p. 109. La introducción de esta posibilidad para los *step-parents* se hizo mediante reforma de la *Children Act* de 1989 en el año 2002, con el fin de proporcionar una alternativa a la adopción, de modo que tiene la ventaja de que se mantiene la responsabilidad parental del otro progenitor legal y los derechos y responsabilidad de la familia de este último respecto al menor (LOWE, N. y DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, University Press, Oxford, 2015, p. 387). Explica FENTON-GLYNN, C. y SCHERPE, J. M., «The Inconsistent Approach to Family Formation in England and Wales», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, p. 253, que la obtención de la responsabilidad parental puede lograrse o mediante el consentimiento de los dos progenitores y el *step-parent*, o bien mediante decisión judicial.

81. CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», cit., p. 120.

con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Este precepto señala que: «El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad»⁸². Tal artículo, que procede de la Ley de Derecho de la Persona de 2006, asigna de forma automática el estatus de padrastro, pero, a la vez, limita dicho estatus, porque, al restringirlo al cónyuge del único titular de la autoridad familiar, está requiriendo privación o suspensión de esa autoridad respecto del otro progenitor (en caso de que lo haya), o que este no exista, con lo que se evitan los conflictos con este último. La expresión «compartir el ejercicio de la autoridad familiar» se considera que va más allá de las decisiones en asuntos de la vida cotidiana y de los casos de riesgo inminente⁸³. Por tanto, el padrastro o la madrastra asumen de modo automático la crianza y educación de los menores (artículo 88.3 CDFA), pero no la gestión de los bienes de estos, en cuanto tal gestión es una función comprendida dentro de la autoridad familiar solo cuando esta se ejerce por los padres.

En línea similar se pronuncia el artículo 184.1 de la Ley No 156 del Código de Familias de Cuba, según el cual: «En caso de muerte, declaración judicial de presunción de muerte, suspensión del ejercicio o privación de la responsabilidad parental de uno de sus titulares, la otra madre o el otro padre puede asumirla conjuntamente con su cónyuge o pareja de hecho afectiva, siempre que exista un vínculo afectivo significativo entre la madre o el padre afín con la niña, niño o adolescente»⁸⁴. También en sentido parecido el artículo 675.1 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, que establece que: «En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente»⁸⁵, refiriéndose a

82. BOA N.º 67, de 29 de marzo de 2011.

83. SERRANO GARCÍA, J.A., «Comentario al artículo 85», *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón* (director J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2015, p. 208, entiende que la participación no es verdadera titularidad propia, sino legitimación para compartir el ejercicio de la autoridad familiar.

84. El artículo 180 de este texto legal denomina madre o padre afín al «cónyuge o a la pareja de hecho afectiva que convive con quien tiene a su cargo la guarda y el cuidado de la niña, el niño o adolescente, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas». PÉREZ GALLARDO, L. B., «Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las Familias de Cuba», *Derechos de las Familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano* (directores M. Herrera y L. B. Pérez Gallardo), Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 529, explica que no se está ante una pluriparentalidad jerárquica sino ante una cotitularidad en el ejercicio de la responsabilidad parental, sin que el padre o madre afín se convierta en ningún caso en cotitular de la responsabilidad parental.

85. El artículo 672 del citado Código considera progenitor afín «al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente».

los derechos y deberes sobre los hijos⁸⁶. En este último precepto se señala, como parece lógico, que en caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

La segunda fórmula posible es la delegación, a favor del cónyuge o conviviente afín, del ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor residente cuando este no estuviera en condiciones de cumplir con las funciones a su cargo por razón de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor. Expresión de esta fórmula es el artículo 182.1 del Código de Familias de Cuba, el cual afirma que: «La madre o el padre a cargo de una hija o un hijo menor de edad puede delegar temporalmente en su cónyuge o pareja de hecho afectiva parte del ejercicio de la responsabilidad parental, cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función de forma plena por razones de viaje, misiones oficiales en el exterior, enfermedad o situación de discapacidad transitoria, o alguna otra causa y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro padre o madre titular de la responsabilidad parental». Igualmente, el 674.1 CCyC argentino señala: «El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio»⁸⁷. En ambas regulaciones la delegación posee carácter temporal. En el caso del CFC la delegación del ejercicio nunca es total («puede delegar (...) parte del ejercicio de la responsabilidad parental»), de manera que en el título formal que acredite tal delegación deberá consignarse de forma expresa qué parte del contenido del ejercicio de la responsabilidad parental se reserva el padre o madre delegante⁸⁸.

86. En el párrafo 2º de los preceptos indicados cubano y argentino se mantiene que el acuerdo de asunción conjunta del ejercicio de la responsabilidad parental entre el progenitor y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. Sobre ello HERRERA, M., *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023, p. 954. Señala, sin embargo, PÉREZ GALLARDO, L. B., «Responsabilidad parental en la familia ensamblada», cit., p. 528, que, a su juicio, también podría admitirse que el acuerdo se lleve a cabo ante notario.

87. Señalan KEMELMAJER, A. y HERRERA, M., «Legal relationships between adults and children in Argentina», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson y G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 61, que el acuerdo de delegación de responsabilidad parental debe ser homologado judicialmente, pero tal requisito no será necesario si el otro progenitor da su consentimiento por medio de un acto formal.

88. PÉREZ GALLARDO, L. B., «Responsabilidad parental en la familia ensamblada», cit., p. 530-531. Además, este autor explica (cit., p. 532) que para que tenga éxito el pacto o acuerdo de delegación es preciso que se acredite la estabilidad en la convivencia afectiva, no solo entre los miembros de la pareja, sino también en relación con el hijo o hija afín.

Como puede observarse, las dos fórmulas antes explicadas, ya sea sustitución del progenitor no residente o delegación del progenitor residente, poseen como denominador común el mantenimiento de la regla tradicional del binomio parental en cuanto al ejercicio de las responsabilidades parentales, posibilitando únicamente que el adulto afín asuma el mismo cuando al menos uno de los progenitores no puede hacerlo⁸⁹.

89. ESTEVE ALGUACIL, L., *Familias reconstituidas y fórmulas de parentalidad*, cit., p. 175.

3. TERCERA MANIFESTACIÓN: EL AFECTO COMO BASE PARA EL EJERCICIO DE CIERTAS FUNCIONES PARENTALES

En esta tercera manifestación de la desencarnación no hay asunción, ni de la titularidad ni del ejercicio de la responsabilidad parental, pero la socioafectividad sí constituye el fundamento para el ejercicio de determinadas funciones parentales de cuidado.

3.1. Primer ejemplo. Familias reconstituidas

De nuevo un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en las familias reconstituidas: el adulto afín (padrastro o madrastra) no se equipara ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista funcional a un progenitor, pero se le habilita –ya veremos en qué términos– para tomar decisiones diarias relativas a la crianza y la educación del menor en cuanto mantiene una relación familiar con este último que ambos han desarrollado a través de su convivencia.

Así, el artículo 236-14 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y a la Familia, señala que: «1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria. 2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor». Como puede desprenderse del precepto, son varias las conclusiones que cabe extraer respecto al régimen jurídico previsto en él.

En primer lugar, la participación del adulto afín en la toma de decisiones de la vida cotidiana del menor no constituye una obligación, sino una facultad («derecho a participar»). Se utiliza el concepto «participación» en la medida en que el adulto afín no tiene la responsabilidad parental; por ello no puede adoptar decisiones por sí solo y únicamente puede ejercer estas funciones parentales en la medida en que el progenitor custodio se lo permita⁹⁰. Ahora bien, se ha sugerido que, si se trata de asuntos diarios de poca relevancia y, con el fin de evitar situaciones de bloqueo, debería preverse la presunción de que el adulto afín actúa con el consentimiento del progenitor siempre que lo haga dentro del ámbito de sus facultades, pero si hay desacuerdo el criterio del

90. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «La filiación ante el nuevo reto de la multiparentalidad», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, p. 152, señala que, salvo en los casos de urgencia, no tiene poder propio de decisión. Indica también que del párrafo 2º del citado precepto legal se infiere que es el progenitor quien decide el alcance de la implicación del padre o madre social en la vida cotidiana del menor LAUROBA LACASA, M. E., «Comentari al art. 236-14 CCC», *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, p. 859.

progenitor prevalecería⁹¹. No parece que para el ejercicio de tales facultades se exija por el legislador un plazo temporal mínimo de convivencia con el menor y tampoco parece requerirse de forma expresa la opinión de este último.

En otros ordenamientos este rol parental del adulto afín se califica como un deber y no como un derecho. Así, en el artículo 673 del Código Civil y Comercial de la República Argentina⁹² o en el artículo 181 del Código de Familias de Cuba⁹³. Este deber de cooperar en la crianza y educación y en la realización de las tareas relativas a la formación del menor posee dos funciones básicas: cumple una función de guía en las relaciones parentales internas y, por otra parte, incide en las relaciones externas, de modo que los terceros deberán respetar estos poderes garantizados por el legislador; siendo en todo caso su rol de carácter suplementario al no reemplazar al progenitor biológico en su responsabilidad⁹⁴. A los adultos afines se les imponen, pues, en los dos códigos citados deberes de colaboración –y no de sustitución– en la crianza del día a día, como, por ejemplo, cooperar en las tareas de cuidado, traslados y asistencia a reuniones escolares, ocuparse de cuestiones relacionadas con la salud del hijo de su pareja o cónyuge, incluso se admite la entrada en salas hospitalarias como las de cuidados intensivos, de acceso restringido y limitado habitualmente solo a parientes⁹⁵. El padre o madre afín es un puente que facilita las relaciones parentales y desde el punto de vista afectivo tendrá

91. ESTEVE ALGUACIL, L., *Familias reconstituidas y formas de parentalidad*, cit., pp. 142-143. Explica RIBOT IGUALADA, J., «El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares», cit., p. 241, que, aunque la posición del cónyuge o conviviente del progenitor no es equivalente a la de este último, aquel puede hacer valer la legitimación otorgada por el precepto legal, por ejemplo, para realizar gestiones en interés del menor frente a instituciones públicas o privadas, o para comunicar con la escuela y los servicios sanitarios o sociales.

92. «Deberes del progenitor afín. El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental».

93. «Deberes de la madre o el padre afín. 1. La madre o el padre afín debe promover un vínculo afectivo significativo con las hijas y los hijos de su cónyuge o pareja de hecho afectiva, y sobre esa base: a) cooperar en su crianza y educación; b) realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico; y c) adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. 2. En caso de desacuerdo, prevalece el criterio de la madre o el padre que tenga la guarda y el cuidado de la niña, el niño o adolescente. 3. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental».

94. MEDINA, G., «New Family Forms and Family Functions in Argentine Law», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, p. 95.

95. En este sentido PELLEGRINI, M. V., «Artículo 673. Deberes del progenitor afín», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (editores G. Caramelo, S. Picasso y M. Herrera), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 508.

un mayor o menor protagonismo en vida del hijo o hija afín, según el padre o madre no guardador asuma con más o menos intensidad la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental⁹⁶.

En segundo lugar y ya vinculado de nuevo al análisis del citado precepto catalán, es interesante reseñar que el mismo posee su fuente de inspiración en el ordenamiento jurídico alemán⁹⁷. En 2001 el «pequeño derecho a la custodia» (*kleines Sorgerecht*) se introdujo a favor del cónyuge y de la pareja civil registrada del progenitor que posee la custodia en exclusiva de su hijo o hija, tanto en el § 1687b (1) BGB como en el § 9(1) a (4) de la *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (LPartG), respectivamente⁹⁸. El ordenamiento alemán coloca al cónyuge o a la pareja civil registrada del progenitor del menor en una posición subordinada, en cuanto su papel se restringe a la facultad de participar en los asuntos relacionados con la vida diaria del menor, y solo en la medida en que tales decisiones se sujeten siempre al acuerdo con dicho progenitor. Este derecho del adulto afín es de carácter limitado, no equiparable al derecho de custodia de un progenitor legal; ya que se trata solo de un instrumento para reconocer y legitimar su trabajo cotidiano de cuidado del menor. Tal derecho solo posee, pues, un valor simbólico⁹⁹. Por tanto, en el ordenamiento alemán, y siempre y cuando el padrastro/madrastra no haya adoptado al menor, las relaciones entre ellos son de carácter informal, no siendo posible obtener la plena responsabilidad parental; de ahí que no están obligados a mantener económicamente a los menores, y estos últimos no ostentan derechos sucesorios respecto al padrastro o madrastra¹⁰⁰.

Hay una diferencia fundamental entre la regulación catalana y la alemana. En el ordenamiento alemán el adulto afín solo posee esta facultad cuando su cónyuge o pareja registrada, progenitor del menor, tiene atribuida la responsabilidad parental en exclusiva. Pareciera, pues, que en cierta medida aquel está sustituyendo al progenitor que no está

96. PÉREZ GALLARDO, L. B., «Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las Familias de Cuba», cit., p. 526.

97. FERRER RIBA, J., «Parental responsibility in a European perspective», *European Family Law*, Vol. III (editor J. M. Scherpe), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016, p. 297.

98. Consúltese, respectivamente, en https://www.gesetze-im-internet.de/_bgb/_1687b.html y <https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html> (fecha de consulta: 15/02/2024).

99. En este sentido SANDERS, A., «Family Functions and New Family Forms in Germany», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, p. 278.

100. HELMS, T., «Legal relationships between adults and children in Germany», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 306.

presente en la vida del menor¹⁰¹. Muy distinta es la regulación del derecho catalán, en cuanto la redacción del artículo 236-14 CCCat sin duda posibilita la coexistencia de dos progenitores y dos adultos afines aptos para la toma de decisiones sobre la vida diaria del menor durante el tiempo de convivencia con este. El ámbito objetivo del precepto incluiría, pues, las hipótesis de guarda individual y de guarda compartida por ambos progenitores. La misma fórmula se halla en los ya vistos ordenamientos argentino y cubano y, fuera ya del derecho positivo, tanto en el Principio 3:18 de los *Principles of Parental Responsibilities*, elaborados por la Commission on European Family Law¹⁰², como en el artículo 252-3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que lleva por rúbrica «Facultades del cónyuge o pareja de hecho del titular de la patria potestad»¹⁰³.

3.2. Segundo ejemplo. Medidas a favor del padre putativo en las hipótesis de atribución indebida de paternidad

Constituye un ejemplo aislado, como a continuación se va a explicar, la atribución de la guarda del menor al padre putativo («falso padre») en las hipótesis de atribución indebida de paternidad por parte de la esposa al marido durante su matrimonio e, incluso, tras el divorcio o la separación. Hasta el momento el Tribunal Supremo no ha estimado la petición de responsabilidad civil por parte del padre putativo frente a la exesposa. Así, los cinco primeros pronunciamientos en esta materia concreta (dos en 1999, el tercero en 2010, el cuarto en 2012 y el quinto en 2018) han denegado la indemnización de los daños morales y/o patrimoniales al exmarido, tratándose todos ellos de hipótesis en las que la infidelidad matrimonial iba acompañada de una atribución indebida de la paternidad biológica del hijo. Las sentencias de 14 de julio de 2010 y de 18 de junio 2012¹⁰⁴ se limitan a desestimar la acción de daños por prescripción de la misma, sin entrar en el fondo del asunto, pero las dos de 1999 y la de Pleno de 2018 alegan razones

101. SANDERS, A., «Family Functions and New Family Forms in Germany», cit., p. 278, sostiene que, dado que el régimen de la custodia compartida es cada vez más frecuente, la aplicación práctica de la norma en el ordenamiento alemán es cada vez más estrecha.

102. «Decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana. La pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro padre que detente la responsabilidad parental». Disponible en: <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf> (fecha de consulta: 15/02/2024).

103. «1. El cónyuge o pareja de hecho del titular de la patria potestad que tenga la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a su vida diaria, prevaleciendo en caso de desacuerdo el criterio del titular de la patria potestad. 2. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o pareja de hecho puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, informando sin demora al titular de la patria potestad que tenga la guarda del hijo, quien a su vez debe informar al otro». Disponible en: https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (fecha de consulta: 15/04/2024).

104. RJ 2010/5152 (Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) y RJ 2012/6849 (Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana), respectivamente. La primera comentada por RODRÍGUEZ

sustantivas para apoyar tal negativa. Existe un sexto caso, la STS de 23 de febrero de 2024¹⁰⁵, diferente a las cinco anteriores en cuanto la demanda se interpone por el exmarido contra la exesposa y el varón que resulta ser el padre biológico de la menor, la cual fue concebida antes del matrimonio pero nacida tras su celebración; luego no cabe plantearse el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial.

La STS de 22 de julio de 1999¹⁰⁶ deniega la responsabilidad civil extracontractual de la esposa basando su negativa en la ausencia de una conducta dolosa por parte de esta, ya que, según la sentencia, no conoce tampoco que el hijo no es realmente del marido hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad. Pudiera, desde una primera y rápida interpretación, pensarse que con esta sentencia el Tribunal Supremo estaba exigiendo para la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia el requisito del dolo. Pero cabe dudar de que esta sea la verdadera razón del Tribunal Supremo para negar la indemnización del daño entre los excónyuges, ya que, en la sentencia inmediatamente posterior, la de 30 de julio de 1999, sí hay dolo de la exesposa (ella inicia el procedimiento de impugnación de la paternidad) y aun así tampoco ha lugar a la responsabilidad civil.

Las SSTS de 30 de julio de 1999 y de Pleno de 13 de noviembre de 2018 (la cual se apoya, en buena medida, en la primera) parecen sustentar su negativa, esencialmente, en los argumentos de la obligada aplicación, exclusiva y excluyente, a estas hipótesis de los remedios principales del derecho de familia (que son la solicitud del divorcio o de la separación), del carácter moral y no jurídico de los deberes conyugales, del peligro de ruptura de la paz familiar y de la aparición de pleitos futuros similares en caso de estimar este tipo de demandas¹⁰⁷. Pero no cabe afirmar que estas dos últimas sentencias hayan sentado jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, en la medida en que en la primera el exmarido demandante plantea la demanda en virtud de la responsabilidad contractual (artículo 1101 CC), alegando, por tanto, que el daño deriva del incumplimiento del deber legal de fidelidad y, en cambio, en la segunda en virtud de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC), aduciendo el daño por atribución indebida de la paternidad. Por consiguiente, la negativa del Tribunal para desestimar la demanda de responsabilidad civil se basa en un fundamento distinto en cada caso, aunque los hechos de ambas sean, desde luego, similares¹⁰⁸.

GUIZIÁN, A.M., «De nuevo sobre la reparación de los daños en el matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *La Ley*, 4 de marzo de 2011, N.º 7582, pp. 7 y ss.

105. JUR 2024/72109. Ponente: Excma. Sra. M. Angeles Parra Lucán.

106. RJ 1999/5721. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

107. RJ 1999/5726 (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) y RJ 2018/5158 (Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana), respectivamente.

108. Sobre ello NEVADO CATALÁN, V., «Imposición de paternidad al marido: ¿la relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (a propósito de la STS de 13 de noviembre de 2018)», *ADC*, 2019, N.º 3, p. 967.

Estos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo no profundizan en su argumentación en la diferenciación entre el daño derivado del engaño sobre la paternidad biológica y el daño causado por el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal, y muy probablemente es muy interesante plantearse si se trata de dos daños autónomos que debieran recibir, por ello, un tratamiento distinto. Entre otras razones porque, a partir de 2004, se dictan ya sentencias de Audiencias Provinciales que reconocen la indemnización de los daños morales y/o patrimoniales al exmarido; algunas no solo frente al cónyuge sino también, incluso, frente al progenitor biológico, las cuales puntualizan que tal indemnización se concede, no por el incumplimiento de deber de fidelidad conyugal, sino por el engaño u ocultación sobre la paternidad biológica¹⁰⁹.

Frente a estas decisiones de las Audiencias Provinciales, no parece entender, sin embargo, la penúltima de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, la de Pleno de 13 de noviembre de 2018, que se esté ante daños autónomos. Este pronunciamiento considera aplicable el artículo 1902 CC exclusivamente a los comportamientos constitutivos de delito y a los lesivos de derechos fundamentales entre los cónyuges. Pero excluye aquellos daños que tienen su origen en el incumplimiento de los deberes del matrimonio (fundamento 4º), de modo que tales daños tienen, como respuesta jurídica en la normativa reguladora del matrimonio, únicamente las medidas de la separación o el divorcio, no previendo dicha normativa en ningún caso la reparación del daño moral causado a uno de los cónyuges por la infidelidad y por la ocultación de la condición extramatrimonial del hijo. No obstante, al mantener que no son daños autónomos, el tribunal argumenta la denegación de la reclamación de daños por atribución indebida de paternidad (que era la única pretensión de la demanda) como si se tratara de una demanda por infidelidad¹¹⁰.

El último de los pronunciamientos dictados, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2024, en la que no cabe plantearse el daño por la infidelidad al concebirse la hija por la esposa antes de la celebración del matrimonio, afirma, de forma novedosa, que la existencia o no de matrimonio no es relevante para la solución de estos casos, siempre y cuando el objeto de la pretensión del demandante (falso padre) sea la reparación de los daños morales ocasionados por la privación a aquel «de la presencia o de la convivencia» con el menor. Añade que: «(...) el interés de criar a los propios hijos y no verse expuesto a su privación sería reconocible con independencia del vínculo

109. Consúltense RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 6 (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 853-858.

110. MARTÍN CASALS M. y RIBOT IGUALADA J., «Daños en derecho de familia», *ADC*, 2011, N.º 2, p. 558, califican la separación entre ambos tipos de daños como una incoherencia interna, en la medida en que la solicitud de pretensión de indemnización por engaño sobre la paternidad solo puede fundamentarse en la infidelidad. A mi juicio, sin embargo, es posible pensar en otras hipótesis en las que no van ligados el daño por incumplimiento del deber de fidelidad y el daño por atribución indebida de paternidad. Por ejemplo, en las parejas de hecho.

matrimonial». Ahora bien, concluye que en este supuesto concreto no hay responsabilidad civil de la madre, exesposa. Para ello alude a la función de «acotamiento» de las reglas generales de la responsabilidad civil, la cual requiere tomar en consideración, junto a los intereses del varón demandante al que se le atribuye una falsa paternidad, los demás intereses tutelables concurrentes, sujetos en el derecho de familia a sus propias normas. Así, cita, bien el interés general en la estabilidad de las relaciones familiares, bien los derechos a la intimidad, autonomía y dignidad de la mujer que pueden conducir a que no se afirme de manera absoluta e incondicional un deber de comunicación por su parte de una duda acerca de la paternidad del menor.

Igualmente, la sentencia señala que, aunque en virtud de las circunstancias del caso concreto debieran aplicarse las normas de la responsabilidad civil, a la hora de fijar la obligación de resarcir los daños habría de tenerse en cuenta el conocimiento que el varón demandante hubiera podido tener de su ausencia de paternidad. Finalmente, la sentencia concluye que no se dan en este supuesto las circunstancias necesarias para poder estimar responsable a la exesposa recurrente en casación, en cuanto que el marido no rompe la relación matrimonial ni cuando posee indicios claros de que la paternidad biológica es de un tercero ni cuando conoce tal hecho con certeza. Incluso antes del matrimonio ya sabe de la relación que mantuvo la esposa con su compañero de trabajo, padre biológico del hijo, y aun así decide contraer matrimonio.

Como alternativa a la medida de la responsabilidad civil que, como ha podido comprobarse, en la actualidad está condenada en buena medida al fracaso si llega finalmente el litigio al Tribunal Supremo, se abren otras posibilidades a partir del hecho de que, en este tipo de hipótesis, con frecuencia, se generan unos vínculos afectivos sólidos entre el exmarido y el hijo no biológico, a raíz de la convivencia entre ellos durante el matrimonio con la esposa. De ahí que, con base en dichos vínculos afectivos y con el fin de salvaguardarlos después de la ruptura entre los esposos o la pareja de hecho tras el descubrimiento de la verdad biológica respecto del menor, determinados pronunciamientos judiciales han reconocido en favor del padre putativo, o bien un régimen de relaciones personales, o bien la atribución de la guarda¹¹¹. La primera de las posibilidades tiene su apoyo en el concepto de «allegado» del artículo 160.2 CC: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos,

111. A favor de que se priorice, antes que el instrumento de la responsabilidad civil, una medida dirigida al mantenimiento de la relación con el menor en función de los años de convivencia, el afecto y la indiscutida paternidad social e intencional ejercida por el exmarido durante mayor o menor tiempo, consúltese GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», *Persona, Familia y Género, Liber Amicorum a María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 216-217. En la misma línea de pensamiento FERRER RIBA, J., «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», *Retos actuales de la filiación. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 321 y FARNÓS AMORÓS, E., «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», cit., p. 113.

abuelos y otros parientes y allegados». Así, por ejemplo, la STS de 1 de marzo de 2019 reconoce un régimen de relaciones personales amplio a favor del exmarido respecto a la menor de 3 años, justificándose la solución en que una ruptura brusca de las relaciones personales entre ellos podría ir en contra del interés superior de la menor, en la medida en que, además, tenía una hermana, la cual sí era hija biológica del exmarido¹¹².

También cuando las circunstancias en el ámbito familiar lo requieran, la segunda posibilidad que se abre es la atribución de la guarda del menor al padre putativo en virtud de la estrecha relación de afectividad existente entre ambos y del cumplimiento por su parte del deber de velar por el menor mientras convivieron¹¹³. Esta medida de la atribución de la guarda a un tercero distinto de los progenitores posee un carácter excepcional, hallándose su única justificación en la defensa del interés del menor¹¹⁴. Se prevé la misma en el artículo 103.1^a.II CC, dentro del ámbito de medidas provisionales adoptadas al admitirse la demanda de nulidad, divorcio y separación. Así, tal precepto afirma que: «Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez». Ahora bien, opinión doctrinal mayoritaria es que también puede considerarse la posibilidad de implementarla como medida definitiva, o bien mediante la aplicación analógica del citado artículo 103.1^a.II CC, o bien haciendo uso de la facultad otorgada al juez por el artículo 158 CC, en aras de adoptar cualquier medida que este considere apropiada en protección del interés superior del menor, no restringiéndose necesariamente, por tanto, a un proceso de crisis matrimonial¹¹⁵. De hecho, en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, se prevé en su artículo 233-10.4 la posibilidad de que la guarda atribuida a un tercero sea una medida definitiva.

112. RJ 2019/634. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

113. En este sentido PÉREZ DEL AMO, F., «La figura del allegado», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, p. 2394.

114. COLÁS ESCANDÓN, A.M., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia* (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2005, p. 184.

115. En este sentido MARTÍNEZ CALVO, J., «Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, N.º 12, p. 182. Señala YZQUIERDO TOLSADA, M., «La patria potestad», *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Vol. VI, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 104, que el artículo 158 CC puede ser ejercitado tanto por los propios progenitores que prefieran de modo temporal que se atribuya la guarda a otras personas como por los parientes guardadores de un menor que mantienen la conveniencia de ser ellos los que se ocupen del cuidado del menor.

Solo un único pronunciamiento del Tribunal Supremo, hasta el momento, ha optado por la atribución de la guarda al padre no biológico en un caso especialmente complejo. En la STS de 20 de noviembre de 2013¹¹⁶ se discute la atribución de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio (Olga) entre los dos litigantes, que fue adoptada por los mismos en el año 2001, así como la de la menor Agueda, nacida en 2002, cuya filiación paterna fue impugnada en el año 2005 por el propio recurrente, Julián, y determinada a favor de Cirilo en el año 2006. Ambas menores estuvieron largo tiempo con el actor, pues en la sentencia dictada en un proceso penal previo seguido contra la madre se acordó asignar provisionalmente la guarda y custodia de ambas al ahora demandante, con la medida cautelar de prohibir a su madre aproximarse o comunicarse con sus dos hijas. Además, en el auto de 30 de enero de 2008, dictado en trámite de medidas provisionales dimanantes del pleito que resuelve la sentencia del Tribunal Supremo, se atribuyó la guarda y custodia de las menores al actor, disponiendo de facultades tutelares plenas sobre la menor Águeda, cuyos intereses se autoriza a defender en todo tipo de procesos.

La sentencia del Tribunal Supremo, estimando el fallo de la sentencia del JPI y casando la de la AP, justifica la atribución de la guarda de Agueda al demandante en la protección del interés real de la menor ante la inestabilidad emocional de la madre. En el fundamento de derecho 3º se afirma que: «(...) en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza de que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente (...)». Añade que: «El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica (...)», y que: «Es cierto que en el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Agueda, pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia (...) a través de los artículos 103,1ª.º II y 158, ambos del Código Civil». No hay duda también de que otro elemento importante en la decisión fue el de mantener juntas a las dos hermanas.

En principio, en las hipótesis de atribución de la guarda a personas distintas de los progenitores, estos últimos siguen conservando la titularidad y el ejercicio de la patria potestad¹¹⁷. De hecho, si hubiera razones para privarles de la patria potestad el caso

116. RJ 2013/7824. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

117. Así lo entiende doctrina mayoritaria. Por todos CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad civil*, 2014, N.º 3, LA LEY 964/2014, pp. 7 y 11 (consulta online) (<https://laleydigital.laleynext.es/>). En este mismo sentido la STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/9852) (Ponente: Excmo. Sr. José de Asís Garrote).

se reconduciría al artículo 170 CC y habría que constituir una tutela. De ahí que, para que entre en juego esta hipótesis del artículo 103.1ª. II CC, han de concurrir motivos de trascendencia, como la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor, o la imposibilidad de hecho para ocuparse de sus hijos, pero no los supuestos recogidos en el artículo 170 CC¹¹⁸. No obstante, es cierto que el propio artículo 103.1ª. II CC prevé la posibilidad de que quien ostente la guarda asuma también funciones tutelares (así ocurrió en el pronunciamiento judicial citado). Por tanto, aunque formalmente los progenitores mantengan la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, estas quedarán vacías de contenido durante la vigencia de la guarda por un tercero¹¹⁹. Se ha apuntado que la asunción de funciones tutelares que el juez puede otorgar a los terceros distintos de los padres implica que puedan desarrollar las funciones propias de la patria potestad, velando por los menores, conviviendo con ellos y procurándoles una formación integral, así como representándoles y administrando sus bienes, con una facultad de control por el juez¹²⁰.

118. Véase CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», cit., p. 7.

119. En este sentido MARTÍNEZ CALVO, J., «Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores», cit., p. 186.

120. Refiriéndose a los abuelos, MOLINER NAVARRO, R., «La protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II (coordinadores F.P. Blasco Gascó et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1679-1680.

III. TERCERA PARTE. INCIDENCIA NEGATIVA DE LA AFECTIVIDAD EN LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL

La pregunta a hacerse en esta tercera parte del presente trabajo es si posee alguna relevancia jurídica la ausencia de relaciones afectivas (contacto, cuidados y asistencia), de carácter continuado en el tiempo e imputable de forma exclusiva o principal a una de las partes, entre dos personas unidas por un vínculo paterno o materno-filial de carácter biológico o legal. Como puede apreciarse, en la segunda parte de este *paper* se ha analizado la que podría considerarse justo la otra cara de la moneda, es decir, si las relaciones afectivas en el sentido antes indicado entre un adulto y un menor, recíprocas y de carácter continuado en el tiempo de convivencia, sin previo vínculo paterno o materno-filial biológico o legal entre ellas, pueden dar lugar a relaciones familiares o cuasifamiliares de diferente intensidad.

Como es de sobra conocido, al igual que otros Códigos Civiles, el Código español liga efectos relevantes a la condición legal de padre o madre, con independencia de la concurrencia o no de reales relaciones afectivas o de trato con el hijo o hija: establecimiento de vínculos de parentesco entre el padre o la madre –y sus familias respectivas– y el hijo o hija y, por consiguiente, una relación familiar; la generación de elementos de identificación personal (apellidos) (artículo 109 CC); la atribución de la nacionalidad y vecindad civil (artículo 14 CC); la imposición de obligaciones de cuidado y de prestación de alimentos (artículos 110 y 143.2º CC), el otorgamiento de la responsabilidad parental (artículo 154 CC) y la atribución de derechos sucesorios (legítima y *abintestato*) (artículos 806 y ss y 912 y ss CC).

El estudio de esta tercera parte tiene su razón de ser en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo español, en los cuales parece subyacer la importancia que en la actualidad poseen las relaciones de afecto y de cuidado entre familiares por encima de los lazos de sangre y de las consecuencias que la norma jurídica liga a tales lazos. Tanto que se llega a suprimir o a considerar que se podrían suprimir las consecuencias jurídicas que la ley vincula a dichos lazos familiares a causa de la inexistencia o no concurrencia en el caso concreto de esas relaciones de afecto y de cuidado. La supresión de los efectos jurídicos de la norma se produce en algunos casos en ventaja del hijo o hija, en otros supuestos en beneficio del progenitor o progenitora.

Los ejemplos jurisprudenciales que van a ser objeto de análisis se refieren todos ellos a relaciones paterno-filiales. Probablemente tales pronunciamientos van intrínsecamente conectados a lo que se ha denominado la desfiguración de los estatus familiares tradicionales de cónyuge y de padre, madre o hijo, y que constituye un rasgo característico del derecho de familia contemporáneo. Aunque estos estatus aún permanecen, se vislumbra ya una cierta erosión de sus elementos esenciales y reglas tradicionales¹²¹.

121. FERRER RIBA, J., «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Revista de derecho de familia*, 2018, N.º 85, Abeledo Perrot, p. 163.

1. PRIMERA HIPÓTESIS. SOLICITUD POR EL HIJO O HIJA DE LA SUPRESIÓN DE LOS EFECTOS QUE LA NORMATIVA LIGA A LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL: ANÁLISIS DE LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2022 EN MATERIA DE APELLIDOS

La regla general prevista en el ordenamiento español es que la filiación determina los apellidos y, por tanto, una vez establecida aquella por ambas líneas, los apellidos de la persona son los primeros correspondientes a ambos progenitores (artículos 109 CC y el ya derogado artículo 53 de la Ley de Registro Civil de 1957 y el vigente artículo 49 de la Ley de Registro Civil de 2011, en adelante LRC). El pronunciamiento del Tribunal Supremo que va a servir de ejemplo ilustrativo, la STS de 21 de noviembre de 2022¹²², me parece una buena muestra de la relevancia actual de la afectividad en las relaciones paterno-filiales, de modo que su ausencia en determinadas hipótesis constituye una circunstancia excepcional que permite llegar a suprimir la norma general sobre la atribución de apellidos de ambos progenitores. La cuestión que se planteó en la citada decisión judicial es la de si, una vez determinada la filiación por ambas líneas, cabe autorizar la solicitud de supresión del apellido paterno y su sustitución por uno materno con apoyo en la norma vigente en el momento de los hechos del caso, el artículo 58 LRC de 1957, según el cual: «cuando se den circunstancias excepcionales (...) podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado».

En este supuesto concreto la madre inicia ante el Ministerio de Justicia un expediente pidiendo autorización para cambiar los apellidos de su hija, en el sentido de suprimir el apellido paterno y sustituirlo por uno de los maternos. El ministro de Justicia deniega la solicitud, previo informe desfavorable del Consejo de Estado, mediante Orden Ministerial de 11 de noviembre de 2010, al entender que no concurre la circunstancia excepcional que permita apoyar el cambio de apellido paterno y que los inconvenientes sufridos en el ámbito escolar por el uso del apellido extranjero paterno por parte de la hija desaparecerán con su mayoría de edad. Posteriormente en el tiempo, la hija interpone demanda de juicio ordinario sobre rectificación de datos esenciales contra el Ministerio de Justicia a través del Ministerio Fiscal, basada en el abandono paterno cuando ella tenía cinco años de edad y en el perjuicio que le ha supuesto el uso del apellido paterno al condicionarla psicológicamente en los estudios por la discriminación infantil sufrida. Aporta como prueba dos informes psicológicos que reflejan la relación conflictiva con su apellido paterno extranjero.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman las pretensiones de la actora, entendiendo que no concurren en el caso las circunstancias excepcionales para suprimir el apellido paterno de acuerdo al ya citado artículo 58 LRC. Dichas circunstancias han de ser interpretadas restrictivamente, sin que baste la mera vivencia emocional negativa hacia el apellido paterno por el abandono del padre hacia

122. RJ 2022/5645. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.

la hija. La hija recurre en casación ante el Tribunal Supremo; y su recurso es apoyado por el Ministerio Fiscal. El fallo del tribunal, estimando dicho recurso y, por tanto, la supresión del apellido paterno y su sustitución por uno de los maternos, se desdobra en dos bloques de argumentos. En el primer bloque alude a la configuración del nombre y apellidos de una persona como un elemento de la identidad derivado de los derechos de la personalidad, que sirve a su individualización en las relaciones sociales y que obedece a elementales exigencias de seguridad en el tráfico jurídico. Además, hace referencia a pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los que se infiere la inclusión del derecho al nombre dentro de los derechos de la personalidad y la incidencia del apellido de una persona en la vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia.

El segundo bloque de argumentos, dirigido a apoyar que en el supuesto enjuiciado concurren las circunstancias excepcionales para la supresión del apellido paterno con cobertura en el artículo 58 LRC, es especialmente relevante para el tema del presente trabajo. Así, el tribunal estima que es excepcional que un padre abandone de forma afectiva, emocional y material a una hija de cinco años, cortando las relaciones con ella y desapareciendo de su vida, al regresar a su país de origen (Egipto). Ambos progenitores, en el momento de la ruptura matrimonial, llegaron al acuerdo de la cesión exclusiva a la madre del ejercicio de la patria potestad, pero con la conservación del derecho del padre a recibir comunicación o información respecto a las decisiones más relevantes relativas a la hija. El Tribunal Supremo considera igualmente probada la repercusión del abandono de forma muy intensa en la hija, con clara incidencia en su bienestar psíquico, provocando lesiones en su autoestima y aislamiento social y, además, una crisis de identidad personal y relación conflictiva con su apellido paterno extranjero, por el que se ha sentido discriminada socialmente. Tal apellido le rememora desagradables experiencias vividas y le produce rechazo¹²³. Como refuerzo de su fallo, el Tribunal Supremo añade que el abandono no es imputable a la hija y que con la supresión del apellido paterno no se verían menoscabados derechos o situaciones protegibles de terceras personas (así, la demandante es mayor de edad, soltera, sin hermanos y el padre carece de vínculos dentro del ámbito en el que el pronunciamiento va a surtir efectos).

123. CASTELLANOS CÁMARA, S., «Cambio de apellidos en “circunstancias excepcionales”». Comentario a la STS 795/2022, de 21 de noviembre», *CCJC*, mayo-agosto 2023, N.º 122, epígrafe IV. «Aplicación al caso de los postulados señalados» (consulta online), considera que el incumplimiento por el padre de los deberes paterno-filiales, al no existir privación de la patria potestad sino mera cesión en exclusiva a la madre, no basta para considerarse circunstancia excepcional que lleve a la supresión del apellido paterno. Tampoco es suficiente por sí mismo la falta de relación con la familia paterna, pues es algo ordinario en la vida corriente de muchas personas. Exactamente igual sucede con el uso de los dos apellidos maternos en la vida social de la hija, situación generada por ella. En su opinión, solo el conjunto de las anteriores circunstancias y ninguna por sí sola, junto al impacto psicológico que provocan en la hija, es lo que conduce a la decisión final del tribunal.

Se ha subrayado por la doctrina, desde una primera tesis, que la razón del fallo, que es calificado como «un hito en la materia», radica en la defensa de la protección del nombre y de los apellidos como parte integrante del derecho a la identidad y al desarrollo personal, y en la relevancia que está ganando la autonomía personal como cauce para la consecución del libre desarrollo de la personalidad¹²⁴. A mi juicio, efectivamente, el fallo es relevante, pero no debería ignorarse que su particularidad se halla también en que es claro reflejo de la importancia creciente del afecto en las relaciones familiares y en la adopción de un concepto de abandono como ausencia de cuidados y de afectos, el cual ha sido ya empleado con anterioridad por el Tribunal Supremo español y por otros tribunales extranjeros¹²⁵.

Así, esta sentencia objeto de análisis utiliza el concepto de «abandono» («El padre no atendió las necesidades afectivas y materiales de su hija, de manera tal que desarrolló su personalidad sin el apoyo emocional y asistencial de una figura paterna») en el mismo sentido que la anterior STS de 23 de abril de 2018¹²⁶, en un caso en que un menor es abandonado por su padre desde muy temprano, cuando sufría, además, una parálisis cerebral con plena dependencia permanente, a raíz de una meningitis que tuvo a los quince meses. A pesar de las diversas operaciones quirúrgicas que se le practicaron, el padre nunca se preocupó del estado del menor, limitándose a abonar 5.000 euros en concepto de alimentos impuestos en una sentencia (desde el año 2007 hasta el año 2013), aunque la deuda total era de 33.200 euros. Ni siquiera compareció en el procedimiento iniciado por la madre para privarle de la patria potestad, que no llegó a terminar a causa del fallecimiento del menor¹²⁷. Es tal el desinterés del padre hacia su

124. En este sentido CASTELLANOS CÁMARA, S., «Cambio de apellidos en «circunstancias excepcionales»», epígrafe IV. «Aplicación al caso de los postulados señalados» (consulta online).

125. Así, en Argentina, sobre todo a raíz de la reforma introducida por el Código Civil y Comercial de 2014 en el régimen jurídico del nombre, centrado tanto en la noción de flexibilidad (con corrección del eje de la inmutabilidad) como en la noción de autonomía o participación en la construcción de la propia identidad, han sido numerosos los pronunciamientos judiciales que resuelven peticiones de supresión del apellido fundadas en razones de gravedad, restringidas mayoritariamente a casos de lazos afectivos inexistentes o muy complicados con los progenitores. Un fallo a resaltar es el de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial de Neuquén de 22 de agosto de 2017 («B.B.N. y otros s/cambio de nombre», expediente 65424, 2014). En el caso tres hermanos solicitan quitarse el apellido paterno dado el abandono que han sufrido por parte del padre y dado que en su vida social se les conoce por el apellido materno. En alzada se revoca la sentencia de primera instancia, dando lugar a la supresión del apellido paterno al considerar que, si no hay intereses de terceros comprometidos, tratándose de tres adultos que manifiestan una voluntad común, cabe hacer primar su voluntad de que se suprima el apellido paterno. Consúltense HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 116-117.

126. RJ 2018/1753. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

127. Sí llega a terminar, en cambio, con la privación de la patria potestad al padre el caso resuelto por la STS de 30 de enero de 2024 (JUR 2024/40724) (Ponente: Excmo. Sra. M. Ángeles Parra

hijo que el primero firma un documento privado el 7 de mayo de 2013, bajo asesoramiento de letrado, en el que afirma de un modo explícito que «nunca fue para mí un hijo querido ni deseado», y en el que reconoce que «nunca he actuado como padre, olvidándome y desentendiéndome completamente de él».

Una vez fallecido el hijo, la madre interpone una demanda en la que solicita que se declare la incapacidad para suceder del padre por causa de indignidad, en virtud del artículo 756.1 CC en relación con el artículo 154 CC, respecto del hijo. El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la sentencia de la AP, sosteniendo que, aunque un progenitor no tenga la custodia del menor, subsiste el derecho de velar y tener al hijo en su compañía, que no consiste solo en vivir bajo el mismo techo, sino en el mantenimiento de una relación paterno-filial de afectividad, de comunicación y de conservación de la figura paterna¹²⁸: «(...) Es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable trascendencia en las relaciones paterno-filiales, y todo ello sin causa que lo justificase... Pero aún es más grave y reprochable si el menor, a causa de padecer una enfermedad a los 16 meses de edad, sufría una discapacidad (...) que exigía cuidados especiales. Fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, como razona la sentencia recurrida, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor»¹²⁹.

Lucán). Frente al mantenimiento de la titularidad compartida de la patria potestad sostenida por la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo considera contrario al interés del menor tal mantenimiento, en la medida en que, desde el nacimiento del menor, el padre no ha tenido relación con su hijo, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado nunca por su protección.

128. En este mismo sentido BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario al art. 110 CC», Código Civil Comentado, Vol. I (directores A. Cañizares Laso *et al.*), 2ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 606, afirma que la obligación de vela comprende la prestación al hijo menor de todas las atenciones y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo y pleno desenvolvimiento de su personalidad. Igualmente sostiene que el derecho-deber de velar consiste en el mantenimiento de una relación paterno-filial de afectividad, de comunicación y de mantenimiento de la referencia paterna COSTAS RODAL, L., «Indignidad para suceder al hijo menor fallecido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, N.º 7, p. 6 (BIB 2018/10237).

129. Sobre la declaración de indignidad del progenitor para suceder por la ausencia de cumplimiento del derecho-deber de comunicarse con el hijo y de colaborar en su formación moral, además del incumplimiento del pago de alimentos véase la SAP Madrid, sección 18ª, de 17 de febrero de 2010 (JUR 2010/133449) (Pte: Illmo. Sr. D Lorenzo Pérez San Francisco). También en la misma línea las SSAP de Asturias, sección 5ª, de 2 de julio de 2003 (AC 2003/1138) (Pte: Illmo. Sr. D José María Álvarez Seijó) y La Coruña, sección 5ª, de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009/285387) (Pte: Illmo. Sr. D Manuel Conde Núñez).

El interés de esta sentencia radica, además de en la comprensión del abandono como ausencia de cuidados y de afectos, en la ligazón que puede tener la privación de la patria potestad dictada por abandono físico y moral del progenitor a su hijo, por una parte, con la declaración de indignidad del primero para suceder al segundo y, por otra parte, con la pérdida por el progenitor que esté en tal situación de su potencial derecho de alimentos frente al hijo¹³⁰.

130. Sobre ello y a propósito de la lección inaugural que impartió la magistrada del Tribunal Supremo M. Ángeles Parra Lucán sobre la aplicación y valoración del principio de solidaridad familiar en las relaciones paterno-filiales, consúltese BENAVENTE MOREDA, P., «Jornada sobre “Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar”», 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», *Anuario de Derecho Civil*, 2023, fasc. I, pp. 228-229.

2. SEGUNDA HIPÓTESIS. SOLICITUD POR EL PROGENITOR O PROGENITORA DE LA SUPRESIÓN DE LOS EFECTOS QUE LA NORMATIVA LIGA A LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL

La normativa del Código Civil español reguladora de las obligaciones de pago de alimentos entre parientes y de las legítimas no prevé entre las causas de extinción de las mismas la falta de contacto o de relación afectiva entre los familiares. Explica RIBERA BLANES¹³¹, que parece lógico que sea así, porque el legislador, en el momento de la promulgación del Código, partía de un núcleo estable y permanente de población, donde la esperanza de vida giraba en torno a los 40 años; de ahí que regulase las instituciones familiares básicas con el fin principal de asegurar en la medida de lo posible el sustento patrimonial de los hijos durante y después de la vida de sus padres. Antes el problema era la supervivencia, y ahora lo es la existencia sin conflictos y sin sufrimiento.

Como se analizará a continuación, el Tribunal Supremo español lleva a cabo en determinados pronunciamientos judiciales, relativos a la extinción de la obligación alimenticia o a la desheredación respecto a los hijos mayores de edad por parte de sus progenitores, una interpretación extensiva de determinados conceptos incluidos en la normativa del Código Civil reguladora de dichos ámbitos, señalando que aquellos comprenden, bien el maltrato psicológico, bien la falta de relación. E igualmente, se explicará cómo estos pronunciamientos judiciales han sido objeto de críticas doctrinales argumentándose que el Tribunal Supremo está invadiendo competencias del legislador estatal, en la medida en que, si se quieren introducir cambios en la regulación normativa admitiendo nuevas causas de extinción de la obligación de alimentos o de las legítimas, no puede hacerlo la jurisprudencia en cuanto no es fuente del derecho.

Igualmente cabe plantearse cuál es el fundamento último perseguido con estos pronunciamientos. En principio es posible una doble alternativa: o bien, por una parte, con los mismos se buscaría adaptar el ordenamiento español a la nueva realidad sociológica del envejecimiento de la población, tratando de llegar a soluciones justas para resolver los problemas actuales de las personas mayores respecto a sus hijos¹³². O bien, por otra parte, tales fallos son ilustrativos de que empieza a reconocerse que la faceta afectiva y emocional constituye hoy un elemento cada vez más relevante para el derecho de familia actual a partir de la pluralidad de modelos familiares existentes. A mi juicio, e inclinándome hacia la segunda de las alternativas, entiendo que estos fallos relativos tanto a desheredación como a la pérdida del derecho de alimentos por falta de afecto o de relación entre familiares, de los que me ocuparé en los siguientes epígrafes,

131. «Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, p. 2464.

132. Así, en relación con el tema de la desheredación, se muestra favorable a favor de esta primera tesis ARAQUE GARCÍA, A., «Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, p. 2525, para quien la concienciación hacia los mayores está en auge.

han de relacionarse con aquellos otros, ya analizados en el apartado anterior, en los que se aborda el concepto de abandono de los hijos menores por parte de los progenitores como ausencia de cuidados y de afectos.

2.1. Primer ejemplo. Supresión del derecho a la legítima del descendiente por el abandono afectivo o la falta de relación con su ascendiente

En el Código Civil español se recoge una lista taxativa de causas justas de desheredación hacia hijos y descendientes. Para el presente trabajo interesa, en particular, la prevista en el artículo 853.2^a, en la que se prevé que el ascendiente puede desheredar a los anteriormente mencionados por: «Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra». Como puede apreciarse, el tenor literal del precepto no alude ni al maltrato psicológico ni a la falta de relación o desafecto entre los familiares. Se analiza, a continuación, la evolución del Tribunal Supremo a la hora de interpretar el aludido precepto, la cual, a mi juicio, puede concretarse en tres etapas diferentes.

2.1.1. Evolución del Tribunal Supremo

A) Tesis jurisprudencial tradicional hasta el año 2014: el concepto «maltrato de obra» del artículo 853.2^a CC solo equivale a maltrato físico

Hasta el año 2014 la tesis tradicional comúnmente sostenida por el Tribunal Supremo es que el concepto de maltrato de obra solo incluye el maltrato físico de los hijos a los progenitores, pero no el psicológico derivado del desafecto, la desatención, el menosprecio y el abandono a estos últimos. Una de las sentencias más paradigmáticas en este sentido es la STS de 28 de junio de 1993¹³³, que restringe la posibilidad de desheredar a la agresión física y al insulto y que señala, además, que en el precepto no se incluye el abandono emocional en cuanto se está en esta última hipótesis ante un mero incumplimiento de un deber moral y, por tanto, sin ningún tipo de consecuencias jurídicas¹³⁴.

La sentencia afirma en concreto que: «(...) la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia». Parece que en este tipo de argumentación se han basado posteriormente muchas sentencias de los tribunales menores para no entrar a analizar en el caso concreto la posibilidad de que la ruptura

133. RJ 1993/4792. Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

134. Sobre esta evolución consúltese ALGABA ROS, S., «Comentario al artículo 853 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen II (directores A. Cañizares Laso et al.), Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016, p. 1018.

de relaciones haya causado en el progenitor o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser calificado como maltrato psicológico¹³⁵; siendo aislados desde 1993 hasta 2014 los pronunciamientos judiciales que se han separado de esta tesis mayoritaria de la STS de 28 de junio de 1993¹³⁶.

De signo contrario es la STS de 26 de junio de 1995¹³⁷, la cual mantiene una tesis más aperturista, según la cual no es necesario el empleo de la fuerza física para que deba considerarse existente el maltrato de obra como causa para desheredar. En este caso la testadora es expulsada de la casa por su nuera, pero el hijo no adopta ninguna medida ante dicha expulsión. La madre pasa a ocupar otra vivienda cercana a la de ellos, en estado ruinoso, viviendo de modo precario y sin otros cuidados que los de una sobrina. Se estima que se está ante un maltrato de obra como causa de desheredación del art. 853.2º CC, no considerándose preciso que la expulsión del domicilio de la testadora sea llevada a cabo mediante fuerza física. Por tanto, seguramente esta decisión está aludiendo a una situación de menoscabo psíquico sufrido por la testadora.

B) Tesis jurisprudencial por la que el concepto «maltrato de obra» incluye el maltrato psicológico

A continuación, se dicta la STS de 3 de junio de 2014¹³⁸, que es seguida por las de 30 de enero de 2015¹³⁹ y 13 de mayo de 2019¹⁴⁰, todas ellas del mismo ponente, el magistrado Francisco Orduña Moreno, que suponen una ruptura con la tesis tradicional explicada con anterioridad. Así, tales decisiones mantienen que el concepto de maltrato de obra del artículo 853.2º CC comprende el maltrato psicológico, configurándose este como una injustificada actuación del heredero que lleva consigo un menoscabo o una lesión de la salud mental del testador o testadora. Las conductas que se consideran maltrato psicológico en los tres pronunciamientos anteriores consisten, bien en el

135. BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación como causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, N.º 4, p. 293.

136. Señala ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas. Derecho Civil común y Derechos Civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 310-311, que solo tres sentencias de la jurisprudencia menor han incluido el maltrato psicológico dentro del concepto del maltrato de obra recogido en el art. 853.2º CC. Se trata de las SSAP de Palencia, sección única, de 20 de abril de 2001 (AC 2001\932) (Pte: Illmo. Sr. D Mauricio Bugidos San José); Cantabria, sección 4ª, de 31 de enero de 2012 (AC 2012\272) (Pte: Illmo. Sr. D Joaquín Tafur López de Lemus) y de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 26 de abril de 2013 (JUR 2013\317722) (Pte: Illmo. Sr. D Emilio Fernando Suárez Díaz).

137. RJ 1995/5117. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba.

138. RJ 2014/3900.

139. RJ 2015/639.

140. RJ 2019/2212.

abandono por los dos hijos del padre enfermo, el cual es cuidado los siete últimos años de vida por su hermana (STS 3 de junio de 2014); bien en la zozobra y afectación profunda de la causante en el periodo final de su vida, tras la maquinación dolosa de su propio hijo para forzarla a otorgar donaciones de la práctica totalidad de su patrimonio personal en favor de él y de sus nietos (STS 30 de enero de 2015). O, por último, en la conducta de menosprecio y abandono familiar de los dos hijos hacia la madre, con una grave enfermedad crónica que le obliga a desplazarse en silla de ruedas sus últimos años. No se estima la existencia posterior de reconciliación entre ella y uno de los hijos, en cuanto el acercamiento de este viviendo con ella fue exclusivamente por motivos económicos y no para cuidarla (STS 13 de mayo de 2019). Como puede apreciarse, todos los supuestos se restringen a un problema de desheredación de descendientes mayores de edad por maltrato psicológico¹⁴¹.

El argumento principal sostenido por el Tribunal Supremo en tales pronunciamientos es que el hecho de que las causas de desheredación del Código Civil supongan una enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica ni de interpretación extensiva, no es incompatible con que pueda llevarse a cabo una interpretación flexible a la hora de interpretar una de las concretas causas de desheredación. Así, la inclusión del maltrato psicológico dentro del concepto maltrato de obra se sustenta en la necesaria adaptación a la realidad social y a nuestro sistema actual de valores, manifestado principalmente en la dignidad de la persona como núcleo esencial de los derechos fundamentales (artículo 10 CE) y su proyección en el ámbito del derecho de familia en cuanto vía para el reconocimiento de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante.

Parece claro, a mi juicio, que los tres pronunciamientos se circunscriben a entender el maltrato psicológico como conducta constitutiva del maltrato recogido en el artículo 853.2ª CC, pero que desde luego no se plantean de modo explícito las consecuencias jurídicas que tendría la mera pérdida de relación afectiva y de contacto entre el progenitor

141. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de enero de 2024 admite en principio que los menores de edad, de acuerdo con sus condiciones de madurez y según las circunstancias de cada supuesto, puedan ser desheredados. En el caso concreto la abuela deshereda por maltrato psicológico a uno de sus tres hijos y a sus dos nietos, de 13 y 8 años en el momento del otorgamiento del testamento, afirmando el desprecio hacia su persona al no preguntar por ella y visitarla de forma ocasional e interesada. La Resolución citada señala que, por debajo del límite de edad de 14 años (edad exigida para el otorgamiento de testamento y para la exigencia de responsabilidad penal a menores), debe partirse de una inimputabilidad a falta de un pronunciamiento jurisprudencial sobre las condiciones de madurez del menor que le hagan apto para ser sujeto pasivo de la desheredación (https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/18864-no-se-puede-desheredar-a-dos-menores-de-14-anos-por-maltrato-a-la-causante-aclara-la-direccion-de-seguridad-juridica-y-fe-publica/?utm_campaign=twitter&s=09).

y su hijo¹⁴², siendo deseable, para alguna voz doctrinal, que el legislador estatal regulara dicha pérdida de relación como causa autónoma de desheredación¹⁴³.

Se ha criticado, por otra parte, que estos pronunciamientos pongan fin a una consolidada doctrina a favor de una interpretación restrictiva de las causas legales de desheredación, introduciendo un concepto indeterminado e inaprensible, como es el del maltrato psicológico, que dará lugar a muchos pleitos¹⁴⁴. Frente a ello, parte de la doctrina sostiene que un enunciado más abierto de las causas, como sucede con el maltrato de obra que permite la inclusión del psicológico, no incide de modo indebido en la seguridad jurídica. Al contrario, permite al juez insertar en el supuesto de hecho las conductas nuevas que puedan ir surgiendo. Se considera en este sentido que el peligro de una mayor litigiosidad es un precio que merece la pena pagar para no dejar fuera muchos abusos a personas vulnerables¹⁴⁵. En cualquier caso, a mi juicio es claro que la prueba del maltrato psicológico no será sencilla, no bastando para la acreditación del citado maltrato la mera voluntad expresa de desheredar del testador ni la simple apreciación subjetiva por este del trato que sus legitimarios le han dispensado. El maltrato ha de ser acreditado, pues, objetivamente¹⁴⁶.

C) Tesis jurisprudencial para la cual la falta de relación no es suficiente por sí sola para hallarse ante una causa de desheredación

Hay una tercera tesis jurisprudencial recogida en otros tres pronunciamientos (SSTS de 27 de junio de 2018¹⁴⁷, 24 de mayo de 2022¹⁴⁸ y 19 de abril de 2023¹⁴⁹), con idéntica ponente (magistrada M. Ángeles Parra Lucán), que, como novedad frente a la tesis jurisprudencial anteriormente explicada, sí que se plantea de forma expresa, por una

142. Así también GARCÍA RUBIO, M. P., «Desheredación, maltrato psicológico y debate sobre las legítimas» (<https://hayderecho.expansion.com/2014/09/08/desheredacion-maltrato-psicologico-y-debate-sobre-las-legitimas/>). En igual sentido ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas*, cit., p. 313.

143. BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación como causa de maltrato psicológico», cit., p. 301.

144. CARRASCO PERERA, A., «¿Te 'ningunean' tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2014, N.º 8962, p. 1 (BIB 2014/4447).

145. Así, VAQUER ALOY, A., «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, 2020, fasc. III, p. 1087.

146. VELA SÁNCHEZ, A.J., «El contrato vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *ADC*, 2023, fasc. III, p. 1014.

147. RJ 2018/3100.

148. RJ 2022/2747. La peculiaridad de este caso es que se trata de una demanda interpuesta por las nietas desheredadas por su abuela.

149. RJ 2023/2216.

parte, si la falta de relación afectiva o de trato familiar entre causante ascendiente y legitimario descendiente puede ser una causa autónoma de desheredación y, por otra, si puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación incluidas de modo tasado por el legislador. En relación con la primera cuestión cabe concluir de la doctrina derivada de los tres pronunciamientos anteriores que la aplicación del ordenamiento vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, en cuanto el legislador no la prevé. La tesis contraria «equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante»¹⁵⁰.

En cuanto a la segunda cuestión, la tesis jurisprudencial que se mantiene es que, para dar una respuesta afirmativa a si la falta de relación puede ser encuadrada, por vía interpretativa, en el listado legal taxativo de causas de desheredación, es preciso ponderar y valorar, a la luz de las circunstancias de cada caso, si concurren dos condiciones: en primer lugar, si la falta de relación es continuada e imputable al legitimario y, en segundo lugar, si dicha ausencia de trato ha causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad suficiente para poder reconducirse a la causa de «maltrato de obra» del artículo 853.2ª CC¹⁵¹.

El aspecto sin duda más conflictivo de las dos condiciones antes mencionadas es la acreditación de que la falta de relación familiar es imputable al legitimario. Ello implica indagar en la causa o causas de dicha falta de relación y en la edad que tenía el hijo cuando se produce la misma¹⁵². En muchas ocasiones la ausencia de trato surge en el momento de la separación y el divorcio de los progenitores, no siendo igual en este sentido que el hijo sin relación con el progenitor no custodio sea menor de edad que ya sea un adolescente¹⁵³. Pero, incluso en este último caso, cabe que tal negativa a la

150. Consúltense el Fdo. 3º de la STS 24 de mayo de 2022. En esta línea de que el mero lapso del tiempo sin contacto entre los padres e hijos no basta para apreciar causa de desheredación se hallan las SSAP de Albacete, sección 1ª, de 14 de julio de 2016 (JUR 2016/200963) (Pte: Illmo. Sr. D Cesáreo Miguel Monsalve Argandoña) y Las Palmas, sección 3ª, 4 de abril de 2018 (JUR 2018/203599) (Pte: Illmo. Sr. D Juan José Cobo Plana).

151. Señala que tales condiciones son cumulativas FONT BARONA, J.L., «Sujeción a prueba del maltrato psicológico en general y del abandono afectivo en particular como justa causa de desheredación. Comentario a la sentencia N.º 419/2022 de 24 de mayo, del Tribunal Supremo», *CCJC*, 2023, N.º 122, epígrafe III. «Análisis doctrinal» (consulta online).

152. ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas*, cit., p. 324.

153. Así, la STS de 27 de junio de 2018 señala: «(...) lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos. Tal circunstancia no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente

relación con el progenitor no obedezca a un capricho, sino que esté justificada; por ejemplo, tenga su razón de ser en una manipulación del progenitor que ostenta la guarda y custodia del hijo¹⁵⁴. Igualmente, puede suceder que la causa del distanciamiento se deba a actuaciones previas censurables por parte del ascendiente que deshereda, como el incumplimiento del régimen de visitas o el impago de la prestación de alimentos. Así, en la STS de 24 de mayo de 2022 la abuela que deshereda a las nietas es la que desahucia judicialmente a estas y a su madre de la vivienda que habían venido ocupando desde su nacimiento¹⁵⁵.

Como ya se ha apuntado, la mera falta de relación familiar entre el ascendiente y su legitimario no basta para derivar de ahí, sin más, la existencia de maltrato psicológico, sino que será preciso analizar la incidencia que la falta de relación ha tenido en la salud física o psíquica del causante, y si el daño psicológico no se prueba no cabe presumirlo¹⁵⁶. Así, la STS de 19 de abril de 2023 no entiende acreditado que la ausencia de relación entre padre e hija ha derivado en maltrato psicológico. La hija había interpuesto una demanda al ser desheredada junto a su hermano en el testamento del padre, el cual alega, además de maltrato de obra e injurias, la falta de relación con ellos a raíz de la separación judicial con su madre en el año 1989, sin que conozca desde aquel momento sus domicilios y sin ninguna noticia sobre ellos. Según la sentencia: «Aun cuando tras

la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva entre la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña». En tal sentencia se plantea como principal cuestión jurídica la validez de la desheredación cuando el testador, que no menciona de manera expresa la causa por la que deshereda a su hija, incorpora, al testamento abierto que otorga, dos documentos de los que podría inferirse la causa legal de desheredación que pretende hacerse valer: la copia de una carta que dirigió a su hija manifestando su deseo de iniciar un contacto que no había existido desde que ella era una niña, y la copia de una denuncia por agresión interpuesta años antes contra la hija y que fue archivada.

154. ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus causas*, cit., pp. 327-328.

155. En esta decisión judicial, además de que la falta de relación de las nietas con su padre y con la familia paterna se inicia en el momento de la separación de los padres en el año 2000, cuando aquellas son menores de edad, se mantiene que: «En la instancia no ha quedado acreditado el maltrato de obra invocado por la testadora ni tampoco un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de las nietas. Sí ha quedado acreditada la falta de relación familiar y afecto que, como bien dice la Audiencia, se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. En esa historia es destacable que fuera la misma abuela quien, en 2004, tras la separación de los padres de las actoras, desahuciara judicialmente a la madre y a las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento, lo que no ha sido negado por la recurrente».

156. Sostiene RIBERA BLANES, B., «Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación», cit., p. 2502, que presumir que solo el testador sufre por la ausencia de relación es arriesgado, aunque sea así en un elevado porcentaje de casos, en cuanto no hay ninguna garantía de que este sufrimiento unilateral sea experimentado única y exclusivamente por él.

la separación de sus progenitores y posterior salida del domicilio familiar del padre, que inició otra vida familiar, la demandante no hubiera intentado contactar con él, la falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado, sobre lo que no existe prueba alguna, prueba que incumbía a la designada heredera, que no se ha personado en el procedimiento, desconociéndose igualmente si el padre realizó algún intento de ponerse en contacto o conocer la situación de su hija». Es preciso subrayar aquí que, en el momento de la separación de los padres, los hijos eran ya mayores de edad.

2.1.2. *La falta de trato familiar como causa autónoma de desheredación*

El problema planteado ha de enmarcarse, a mi juicio, dentro del debate actual existente en el derecho civil común español acerca del mantenimiento o no de las legítimas, el cual se plantea ya durante la promulgación del Código Civil¹⁵⁷. Ha de tenerse en cuenta en este sentido que el sistema que recoge el citado Código es el de la legítima castellana, caracterizada por su amplitud. La amplitud de la legítima se extiende tanto a los sujetos beneficiarios de la misma (descendientes, ascendientes, cónyuge) como al ámbito objetivo de la herencia a la que afecta, sobre todo en el caso de hijos o descendientes, que pueden disfrutar de una legítima larga de dos terceras partes. Además, la normativa sobre legítima es de carácter imperativo y, por tanto, inderogable por parte del testador.

El debate actual, pues, se centra, o bien en su supresión, y en este caso no tendría cabida plantearnos la cuestión aquí analizada sobre los efectos de la falta de relación afectiva o trato familiar entre testador y legitimario, o bien en el mantenimiento de la legítima. Si se optara por la conservación de la legítima, tal elección debería venir probablemente acompañada de una serie de cambios en esta institución, habiéndose sugerido, entre otros, una reducción de los legitimarios (por ejemplo, supresión de la legítima de los ascendientes en caso de concurrencia con el cónyuge viudo), una minoración de la cuota legitimaria, una configuración de la legítima como un derecho de crédito y no como parte de los bienes hereditarios, una adecuada regulación de las disposiciones testamentarias a favor de los cuidadores de las personas mayores, la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima y una revisión de las causas de desheredación en aras a flexibilizarlas¹⁵⁸.

157. Lógicamente es imposible entrar en este momento en dicha referencia histórica. Sobre ello consúltese CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones*. Liber Amicorum T. F. Torres García (directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, p. 252.

158. Sobre estos y otros posibles cambios en la legítima consúltese GARCÍA RUBIO, M. P., «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria* (coordinadores V. Barba y L. Pérez Gallardo), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 47-57 y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IL, curso 2008/2009, Colegio Notarial de Madrid, 2009, pp. 499-500.

Dentro de esta segunda alternativa consistente en la conservación de la legítima, podrían constituir manifestaciones de la primacía de un concepto de familia basado en los lazos de afecto por encima de los lazos de sangre o del matrimonio, tanto la ampliación del ámbito subjetivo de la legítima a las uniones de hecho y a los miembros de las familias reconstituidas como la introducción de la cláusula de desheredación basada en la falta de trato familiar, pudiendo favorecer los causantes a aquellos familiares que les hayan prestado atenciones y penalizar a los que les hayan abandonado. Se ha sugerido que una rígida protección de la legítima, concebida como cumplimiento de un exclusivo deber del causante respecto a su legitimario, es reflejo de una visión puramente patrimonial del principio de solidaridad. Hay, sin embargo, otra comprensión del principio de solidaridad como expresión de la dignidad humana y no únicamente como expresión del interés familiar, que posibilita valorar no solo la relación de parentesco, sino también la intensidad del vínculo afectivo del legitimario hacia el causante y el estado de necesidad del pariente¹⁵⁹.

Desde luego la incorporación de una causa autónoma de desheredación por falta de trato familiar no deja de ser polémica, bien por razones constitucionales de reconocimiento del derecho a la legítima, como ocurre en el ordenamiento alemán, bien por las dificultades que parece plantear su aplicación práctica, como sucede en el Código Civil de Cataluña. En relación con el ordenamiento alemán, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sostuvo en su decisión de 19 de abril de 2005, con base en la garantía del derecho a la herencia del artículo 14 (1) en conexión con el 6 (1) de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), que la legítima de los descendientes está protegida desde el punto de vista constitucional como elemento del derecho a la herencia, de modo que la participación mínima de aquellos en la herencia del causante no es disponible por este último, con

159. En este sentido BARBA, V., «Temas e interpretaciones del Derecho sucesorio italiano», *Revista Boliviana del Derecho*, 2021, N.º 32, pp. 375 y 378.

A mi juicio, una posible manifestación de esta nueva visión del principio de solidaridad puede hallarse en el ordenamiento italiano cuando en el año 2012 se introduce, como novedad, el poder del hijo de desheredar al progenitor en el artículo 448 bis del Código Civil, explicándose aquella tanto por la tendencia actual a poner el acento en las obligaciones parentales como en la incentivación del cuidado concreto y de las relaciones afectivas entre los miembros de la familia (así, LAGHI, P., «Note critiche sull'art. 448-bis c.c.», *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2016, N.º 1, pp. 85 y 97-98). La novedad es, además, relevante en la medida en que en el sistema jurídico italiano tradicionalmente la desheredación no se ha regulado ni en el Código Civil de 1865 ni en el vigente de 1942, existiendo solo causas de indignidad para suceder. El artículo 448 bis del Código regula un remedio unidireccional al permitir solo al hijo (o descendientes) desheredar al progenitor o a los ascendientes, y no al revés, por concurrencia de hechos que dan lugar a la privación de la patria potestad no constitutivos de causa de indignidad («Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempiamento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione»).

independencia de que los hijos se hallen o no en una situación de necesidad¹⁶⁰. En este pronunciamiento judicial no se admite la privación de la legítima de los descendientes por la ausencia de trato familiar con el causante al ser contraria a la Ley Fundamental, en cuanto lesiva del principio de seguridad jurídica para todos los afectados y en cuanto germen de posibles tratos discriminatorios contra los hijos extramatrimoniales o los nacidos de anteriores matrimonios. Estos últimos podrían quedar privados de una parte de la herencia por el mero hecho de no haber tenido relación con su progenitor.

Tras el pronunciamiento del BVerfGE de 2005 las opciones de reforma de la legítima por el legislador alemán quedaron muy restringidas¹⁶¹. Siguiendo las pautas marcadas en la citada sentencia, el 1 de enero de 2010 entra en vigor la Ley alemana de modificación del derecho de sucesiones y de la Prescripción (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*), que no cuestiona ni el fundamento ni la subsistencia de la legítima, no modificándose tampoco ni la cuantía ni los beneficiarios de la misma (descendientes, padres, cónyuge) (§ 2303 BGB). Los cambios más relevantes de la reforma inciden en las causas de privación de la legítima, dándose una nueva redacción al § 2333 BGB y derogándose los § 2334 y 2335 BGB. El objeto de la modificación radica en la puesta al día y reformulación de las causas de privación, la ampliación del círculo de posibles afectados por el comportamiento del legitimario con la finalidad de adaptar el precepto a las nuevas estructuras familiares (hijos del cónyuge o pareja de hecho, menores acogidos en la familia del causante) y la uniformización de las causas de privación para todos los legitimarios, ya que con anterioridad diferían según el grado de parentesco¹⁶².

160. Véase tal decisión judicial en *Neue Juristische Wochenschrift* 22/2005, pp. 1561-1567. Explican PINTENS, W. y SEYNS, S., «Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law», *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society* (editores C. Castelein y R. Foqué y A.Verbeke), European Family Law Series, N.º 26, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 174, que parte de la jurisprudencia ha criticado este pronunciamiento, sosteniendo que la argumentación histórica fue bastante débil y que el tribunal no debatió de forma suficiente el argumento de que la legítima fue producto de unas circunstancias temporales concretas y que estas han cambiado en la actualidad.

En España también se ha planteado la dimensión constitucional de este problema a partir de los artículos 33 y 39 CE 1978, pero, como mantiene RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., «Legítimas y libertad de disposición del causante (1)», LL, 17 noviembre 2016, Ref. D-403, p. 2 (LA LEY 8637/2016), en general se considera que el sistema legitimario no es una exigencia constitucional y que no sería inconstitucional una nueva regulación del derecho de sucesiones que suprimiera las legítimas y consagrara la libertad de disposición del causante, con salvaguarda, eso sí, de ciertos mecanismos de protección de la familia.

161. En este sentido CHRISTANDL, G., «La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales», *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (director F. Capilla Roncero et al.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 214.

162. Sobre la reforma alemana véase el trabajo de ARROYO AMAYUELAS, E., «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», *InDret* 1/2010, pp. 1 ss (especialmente pp. 10-12). En particular, sobre las causas de privación de la legítima ZIMMERMANN, R., «The Compulsory

En la parte que al presente trabajo interesa, ha de subrayarse que la simple falta de contacto entre ascendiente y descendiente no se encuentra entre las causas de desheredación recogidas en el reformado § 2333 BGB. Los legitimarios solo pueden ser privados de la legítima si atentan contra la vida del causante, de su cónyuge, de sus descendientes o de otra persona cercana al causante de modo similar, como la pareja de hecho (§ 2333 n.º 1 BGB); además, si cometen un delito o una falta grave y dolosa contra estas personas (§ 2333 n.º 2 BGB); si incumplen intencionalmente el deber legal de alimentos contra el causante (§ 2333 n.º 3 BGB) y, por último, si son condenados por sentencia penal firme a una pena privativa de libertad de una duración mínima de un año por haber cometido un delito doloso en la medida en que, debido a tal hecho, fuera inaceptable para el causante la participación de ellos en su herencia (§ 2333 n.º 4 BGB).

Por su parte, el legislador catalán introduce en 2008 como causa de desheredación autónoma la falta de relación familiar entre causante y legitimario, siempre que concurren una serie de circunstancias. Así, se considera causa de desheredación en el artículo 451-17.2 e) del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones y aprobado por la Ley 10/2008 de 10 de julio: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario». En la propia exposición de motivos se subraya que: «Por primera vez se incluye, en una norma, una causa de desheredación en la que prima la relación de afectividad entre causante y sucesor forzoso y que, por lo tanto, permite desheredar a cualquier legitimario atendida la ausencia, manifiesta y continuada, de relación entre ellos». En el ordenamiento catalán, además, el cese de las relaciones familiares se desvincula de la causa de desheredación que tiene su origen en el maltrato grave. Esta última causa se prevé en la letra c) del artículo 451-17.2 CCCat («maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, a los ascendientes o descendientes del testador») ¹⁶³.

Algunas críticas pueden esgrimirse frente al mencionado precepto. Así, el legislador usa conceptos jurídicos indeterminados: no define ni relación familiar ni ausencia manifiesta y continuada de relación entre causante y legitimario. Es indudable que desde la fórmula de la ausencia de relación familiar del legislador catalán a la del maltrato de obra del Código Civil español hay un gran salto; así, entre tales conceptos existen otros varios, como el maltrato psicológico, el abandono físico y el abandono emocional ¹⁶⁴. En este sentido se ha señalado que muchas situaciones familiares en las que el conflicto entre

Portion in German Law», Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Research Paper Series, 2019, No. 19/19, pp. 42 ss (<http://ssrn.com/abstract=3499075>).

163. Tales preceptos disponibles en BOE N.º 190 de 07/08/2008.

164. En este sentido GARCÍA RUBIO, M. P., «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», cit., p. 56, se pregunta hasta dónde debe llegar el legislador a la hora de acoger tales fórmulas como causa de desheredación, o hasta dónde debe prevalecer la voluntad del testador a la hora de sancionarlas.

familiares no ha consistido en violencia física o verbal, pero en las que es patente la ruptura afectiva de las relaciones, podrán incardinarse en esta causa de desheredación¹⁶⁵. Se ha interpretado que la ausencia de relación familiar, al ser calificada en el precepto como manifiesta y continuada, se dirige a evitar, por una parte, la invocación de tal causa en aquellas situaciones en las que, a pesar de las posibles tiranteces y desavenencias, todavía subsiste una mínima relación personal entre las partes. Por otra parte, la ausencia a la que se refiere el artículo va más allá de un incidente concreto o de un episodio de distanciamiento entre los dos familiares¹⁶⁶. Como el Código Civil de Cataluña no precisa nada en cuanto al número de años de falta de relación a partir de los cuales cabe hablar de que esta es continuada, se ha considerado razonable un mínimo de diez años para entender que la ausencia de relación familiar es prolongada en el tiempo¹⁶⁷.

La otra parte compleja del precepto catalán es la exigencia, para que triunfe la causa de desheredación, de que la falta de relación familiar sea imputable de forma exclusiva al legitimario; pareciendo que tal exigencia disminuye en buena medida la posibilidad real del testador de sancionar la falta de solidaridad del descendiente con la exclusión de la legítima, al prosperar finalmente la desheredación solo en los casos más graves de abandono o de ejercicio de alguna clase de violencia sobre el causante¹⁶⁸. De acuerdo con este requisito legal, no sería posible desheredar tanto si el causante es el único responsable de la ausencia de trato familiar como si esta es imputable, a partes iguales o desiguales, al legitimario y al propio causante¹⁶⁹. Por otra parte, el presupuesto de la imputabilidad exclusiva al legitimario lleva consigo una prueba muy difícil y que,

165. RIBOT IGUALADA, J., «Comentario al art. 451-17 CCCat», *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora L. Alascio), Atelier, Barcelona, 2009, p. 1400, señala que tal ruptura afectiva puede concretarse en hechos como la falta de asistencia del padre a la boda del hijo, el nulo contacto entre abuelos y nietos o la falta de interés de los hijos hacia el progenitor, por ejemplo, cuando se halla hospitalizado. Es frecuente también que se manifieste en la falta de asistencia al entierro del causante.

166. RIBOT IGUALADA, J., «Comentario al art. 451-17 CCCat», cit., p. 1401.

167. ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E., «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?», *InDret*, 2/2015, p. 17 (www.indret.com). Por su parte, entiende DE BARRÓN ARNICHES, P., «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)», *ADC*, 2024, fasc. I, p. 371, que, ante la falta de precisión por el legislador catalán del tiempo mínimo de ausencia de relación, el tribunal deberá constatar un periodo significativo de acuerdo a las circunstancias de cada caso, no bastando una simple interrupción temporal por motivos profesionales, educativos o similares.

168. VAQUER ALOY, A., «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret* 4/2017, p. 12 (www.indret.com).

169. RIBOT IGUALADA, J., «Comentario al art. 451-17 CC Cat», cit., p. 1401.

inevitablemente, obliga a indagar en las causas últimas de la falta de trato familiar¹⁷⁰. Y no hay que olvidar que, en cierta medida, el legislador ha querido huir de esta tendencia a indagar en extremos de la vida privada e íntima de los miembros de la familia al descausalizar en 2005 las causas de la separación y el divorcio, de modo que la admisión de esta causa de desheredación podría suponer de nuevo la incorporación de tal tendencia, pero a través del derecho de sucesiones¹⁷¹.

El uso de conceptos jurídicos indeterminados en la analizada causa de desheredación sin duda puede incrementar los litigios en una materia en la que, precisamente, los mismos se han querido evitar con su regulación normativa¹⁷². Un ejemplo análogo y previo al catalán, también caracterizado por su indeterminación en el sentido indicado, es la introducción en 1985, como causa de desheredación, de la falta de trato familiar con el causante en el Código Civil de Luisiana, único estado de Estados Unidos que reconoce la legítima del testador. De acuerdo con el actualmente vigente artículo 1621 A (8) del citado Código [antes 1621 (12)], el progenitor puede privar de la legítima a su hijo legítimo, una vez llegada la mayoría de edad, si este no ha contactado con él durante un plazo de dos años, con la condición de que supiera cómo hacerlo y siempre que no exista justa causa que lo impidiera¹⁷³.

Entre las justas causas para la falta de contacto se han considerado por los tribunales, entre otras, la prisión, la adicción a las drogas y el estado emocional del legítimo, además de la que expresamente se incluye en el precepto, esto es, el servicio activo del legítimo en las fuerzas armadas, interpretándose esta última expresión en el sentido de que la falta de comunicación se debe a imposibilidad práctica o a razones de seguridad nacional¹⁷⁴. Se ha criticado por la doctrina la ausencia de definición en el citado precepto respecto a qué ha de entenderse por relación o contacto, qué ha de entenderse por comunicación (telegramas, llamadas, regalos, cartas...) y cómo ha de

170. ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E., «Entre el testador abandonado y el legítimo desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?», cit., p. 18.

171. En este sentido GALICIA AIZPURUA, G., «Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *Retos y oportunidades del derecho de sucesiones* (directora C. Villo Travé), Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 53-54.

172. RIBOT IGUALADA, J., «Comentario al art. 451-17 CC Cat», cit., p. 1401, afirma que lo que sí es seguro es que muchos de los casos de desheredaciones por supuestos maltratos y denegación de alimentos que hasta ahora no eran exitosos, ahora se podrán llevar por la hipótesis de falta de relación familiar.

173. «A parent has just cause to disinherit a child if: (8) The child, after attaining the age of majority and knowing how to contact the parent, has failed to communicate with the parent without just cause for a period of two years, unless the child was on active duty in any of the military forces of the United States at the time». Disponible en <https://lcco.law.lsu.edu/> (fecha de consulta: 15/02/2024).

174. SHAW SPAHT, K., «Successions and Donations», *Louisiana Law Review*, 1986, Vol. 46, N.º 3, p. 711.

valorarse el contenido de la posible comunicación entre padre e hijo (¿debe ser examinado por el juez el contenido, por ejemplo, de las cartas para analizar el tono con el que se han dirigido uno al otro?) o cómo deben computarse los dos años sin noticias¹⁷⁵.

2.2. Segundo ejemplo. Extinción de la obligación de alimentos acordada en favor de los hijos o hijas mayores por la falta de relación con su progenitor

Como es sabido, la obligación de alimentos de los progenitores puede subsistir llegada la mayoría de edad de los hijos, si bien su fundamento, alcance y régimen jurídico son distintos a los previstos en favor de los menores de edad. Aquella obligación se basa en el principio de solidaridad familiar cuyo fundamento radica en el artículo 39.1 CE 1978. Por otra parte, el marco normativo por el cual se rige son los artículos 142 y ss del Código Civil (alimentos entre parientes). Los hijos mayores tienen, pues, derecho a recibir de sus progenitores todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, además de para la formación, si no la han terminado por causa no imputable a ellos.

Constituye un problema frecuente en la práctica que uno de los progenitores, casi siempre varón, solicita la extinción de la obligación alimenticia en favor de sus hijos ya mayores de edad, la cual se había fijado con anterioridad, siendo menores, en el momento del procedimiento judicial de separación o divorcio. Se trata de casos en que, tras la ruptura matrimonial o de la convivencia, la relación de los hijos con el progenitor alimentante ha devenido nula, o muy complicada. Desde luego lo que parece fuera de duda es que, en la lista taxativa de causas de extinción de la obligación de alimentos entre parientes recogida en el artículo 152 del Código Civil, no se prevé de modo expreso como tal causa la pérdida de relación o la mala relación entre alimentante y alimentista.

Aunque esta temática ya se ha planteado en numerosas decisiones de tribunales de instancia, nunca ha existido pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto hasta su sentencia de 19 de febrero de 2019, cuyo ponente es el magistrado Eduardo Baena Ruiz¹⁷⁶. Los hechos son los siguientes: El exesposo lleva a cabo frente a la exesposa una petición de modificación de medidas definitivas adoptadas en la sentencia de divorcio de fecha 29 de mayo de 2007, por la que solicita la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad (Hilario de 25 años y Miriam de 20 años). Alega tres motivos concretos: la disminución de su capacidad económica (artículo 152.2º CC), la falta de aprovechamiento de los hijos en sus estudios (artículo 152.5º CC) y la nula relación personal existente entre el padre alimentante y los dos hijos alimentistas (artículo 152.4º CC).

175. SHAW SPAHT, K., «Successions and Donations», cit., p. 710.

176. RJ 2019/497.

Tanto el JPI como la AP declaran probada la completa desafección paterno-filial, entendiendo que el manifiesto y continuado rechazo de los dos hijos hacia su padre puede y debe calificarse como una alteración trascendente y sustancial de las circunstancias, justificativa de la extinción del deber de contribución del progenitor, el cual se fijó en el momento de la ruptura matrimonial. La diferencia entre ambos pronunciamientos es que el JPI fundamenta el fallo en los artículos 90 y 91 del Código Civil (que prevén la modificación de medidas adoptadas tras la nulidad, divorcio y separación ante cambio de circunstancias o nuevas necesidades de los hijos), y la AP añade, como apoyo a los anteriores preceptos, el artículo 152.4º del Código Civil¹⁷⁷. En particular, este último precepto señala que cesará la obligación de dar alimentos «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación». Pero en el Código Civil español no hay una norma expresa que regule la desafección entre padres e hijos ni como una causa autónoma de extinción de los alimentos ni como una causa autónoma de desheredación.

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la exesposa abriendo la posibilidad de que la falta de relación entre el progenitor demandante y los dos hijos mayores pueda ser causa de extinción de la pensión alimenticia¹⁷⁸. El fallo se divide en dos grandes partes. La primera parte se plantea si, a efectos de la admisión del cese de la obligación alimenticia a causa de la conducta de un hijo hacia su padre, también cabría realizar una interpretación flexible de las causas legales de desheredación conforme a la realidad social, tal y como el propio tribunal ya hizo en sentencias anteriores respecto a la pérdida de la legítima. En particular,

177. RIBERA BLANES, B., «La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, N.º 13, pp. 508-509, sostiene que, al menos en relación con el hijo, no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que pueda dar lugar a la extinción de la obligación de alimentos. Por las fechas, parece que la falta de relación entre padre e hijo existía ya en el momento en que se dicta la sentencia de divorcio y se adoptan las medidas, de modo que, a su juicio, no se cumple el requisito legal exigido de que los hechos en que se base la demanda de modificación de medidas se hayan producido con posterioridad a la sentencia que fijó las medidas.

178. Hay algún sector doctrinal (como RODA Y RODA, D., «Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia», *Revista de derecho de familia*, N.º 99/2023, epígrafe V. «La extinción de la pensión de alimentos por las malas relaciones paterno-filiales» (BIB/2023/1105) (consulta de la versión online) que ha entendido, a mi juicio de forma errónea, que podría ser aplicable a los hijos menores de edad esta misma posibilidad que abre el Tribunal Supremo en su sentencia de 2019 de extinción de la pensión alimenticia por falta de relación con el progenitor, en coherencia con el mayor grado de autonomía personal que se les da a aquellos en los ordenamientos modernos: si se permite al menor tomar decisiones en función de su madurez, es lógico que también se le obligue a asumir las consecuencias negativas que la decisión libre y voluntaria de no mantener relaciones con su progenitor puede llevar consigo. En mi opinión, tal posibilidad no cabría en cuanto existe una protección del derecho de alimentos de los hijos menores de edad en el artículo 39.3 CE, precepto que luego se concreta en el artículo 154 CC.

el tribunal se cuestiona si la ausencia de relación entre un hijo y su progenitor podría integrarse en el artículo 853 del Código Civil, por vía de una interpretación flexible de la causa 2ª (referida expresamente al maltrato de obra al ascendiente). Para ello el pronunciamiento acude al fundamento del derecho de alimentos a favor de los hijos mayores, entendiéndolo que el mismo radica en la solidaridad familiar e intergeneracional. Considera el Tribunal Supremo que no es justo que quien ha renunciado a las relaciones familiares y al sostén que ellas llevan consigo pueda obtener ventaja después a través de una institución jurídica (obligación de alimentos) que posee su fundamento precisamente en los vínculos parentales. Y añade que el citado fundamento, que es el que subyace en la causa de desheredación del artículo 451-17.2. e) del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las Sucesiones consistente en: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario», es extrapolable al derecho civil común.

Pero al anterior planteamiento de la sentencia cabe objetar, al menos, dos ideas. La primera es que el Tribunal Supremo está olvidando que en el derecho catalán se diferencian, como dos causas de desheredación independientes y autónomas, el maltrato de obra y la ausencia de relación familiar¹⁷⁹. Por tanto, en este último ordenamiento la ausencia de relación entre padre e hijo podría suponer por sí misma la extinción de la pensión alimenticia, siempre y cuando se impute de forma exclusiva al hijo, no necesitándose probar que el comportamiento del hijo ha supuesto un maltrato para el progenitor¹⁸⁰. En el derecho civil común, sin embargo, el alimentante deberá acreditar que la falta de relación con el hijo le está causando un maltrato psicológico, en caso de seguirse la interpretación flexible que el Tribunal Supremo ha hecho de la causa de desheredación del artículo 853.2ª del Código Civil. Pero en la argumentación empleada por el tribunal en este pronunciamiento de 2019 no se aprecia que el mismo lleve a cabo la necesaria ligazón entre la ausencia de relación paterno-filial y el maltrato psicológico hacia el padre. De modo que, con acierto, se ha concluido que con tal fallo ha creado una causa de desheredación nueva (la falta de relación) y, con ello, ha invadido el espacio del legislador en su función de elaborar normas¹⁸¹.

Paso, a continuación, a abordar el segundo bloque de afirmaciones que realiza el Tribunal Supremo en este pronunciamiento. Señala que, una vez admitida la falta de relación

179. RIBERA BLANES, B., «La falta de relación afectiva», cit., p. 515.

180. El artículo 237-13.1 de la Ley 25/2010 de 29 de julio del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y a la Familia afirma que: «La obligación de prestar alimentos se extingue por las siguientes causas: e) El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el art. 451-17».

181. Esta crítica, entre otros, en BERIAN FLORES, I. y IMAZ ZUBIAUR, L., «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial», cit., p. 120 y ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas*, cit., p. 373.

entre el progenitor y sus dos hijos como causa de extinción de la pensión alimenticia por vía de la interpretación flexible de las causas de desheredación (primer plano), ha de analizarse un segundo plano. Este segundo plano implica, conforme a esta decisión judicial, llevar a cabo una interpretación rigurosa y restrictiva en la valoración de la concurrencia y prueba de la causa de desheredación, esto es, de la falta de relación familiar manifiesta y de que la misma sea imputable de forma principal y relevante a los hijos. Se ha subrayado con acierto que hay diferencias claras en este sentido entre este requisito exigido ahora por esta decisión judicial de 2019 y el exigido en el derecho civil catalán. Así, el Tribunal Supremo no alude a que la falta de relación sea continuada en el tiempo ni requiere que dicha falta se atribuya única y exclusivamente a los hijos, siendo suficiente con que se atribuya a estos últimos de forma principal y relevante. La culpabilidad principal y relevante del hijo exigida por el Tribunal Supremo difiere de la exigencia de imputabilidad exclusiva al hijo del derecho catalán en el artículo 451-17.2 e) CCCat. Es decir, para la concurrencia de la causa de desheredación el Tribunal Supremo es menos riguroso, pareciendo bastar que los hijos sean los principales responsables, aunque el padre haya podido participar en alguna manera en la falta de relación¹⁸².

Pero, finalmente, en este caso concreto la sentencia concluye que no cabe la extinción de la pensión alimenticia en la medida en que, aunque la falta de relación entre padre e hijos sí se ha probado, sin embargo, no se ha logrado acreditar que dicha falta de relación manifiesta entre el padre y los dos hijos sea «de modo principal y relevante imputable a éstos». Ha de caerse en la cuenta de la dificultad que siempre va a implicar, en cualquier caso, probar este último extremo, además de que ello, como ya apunté en el epígrafe relativo a la desheredación, va a implicar entrar en un análisis de la intimidad familiar y de los motivos reales que llevan a los hijos a rechazar la relación con su padre durante años¹⁸³. A su vez, esto va a suponer indagar no solo en las causas últimas o recientes de la falta de relación, sino sobre todo en las causas primeras o iniciales. Así, habrá de tenerse en cuenta tanto la conducta del progenitor alimentante y la de los hijos alimentistas, como la de terceras personas que pueden haber intervenido o influido de algún modo en la falta de relación (el progenitor custodio o la nueva pareja sentimental o cónyuge de este último)¹⁸⁴. Tal prueba compete al progenitor alimentante en virtud del artículo 217 LECiv¹⁸⁵.

182. RIBERA BLANES, B., «La falta de relación afectiva», cit., p. 516.

183. BERIAN FLORES, I. y IMAZ ZUBIAUR L., «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad», cit., p. 142.

184. Todas estas observaciones en RIBERA BLANES, B., «La falta de relación afectiva», cit., p. 523.

185. Así CABEZUELO ARENAS, A.L., «La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2019, N.º 49, p. 13 (BIB 2019/6805) (consulta online).

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 2019 han seguido existiendo numerosas demandas de solicitud de modificación de las medidas dictadas en procesos de separación y divorcio, pidiendo el cese de la obligación de alimentos con apoyo en la ausencia de relaciones familiares. En casi todas las decisiones judiciales no se ha extinguido la obligación de alimentos en base a dos tipos distintos de motivaciones: por una parte, en que la situación de la falta de relación familiar no es imputable de modo exclusivo, principal o relevante a los alimentistas y, por otra parte, en que estos últimos no manifiestan un rechazo absoluto hacia la figura del progenitor¹⁸⁶.

186. Un análisis en BERIAN FLORES, I. y IMAZ ZUBIAUR L., «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad», cit., pp. 143-144. Entre otras, pueden consultarse las SSAP de León, sección 6ª, de 6 de julio de 2020 (JUR 2020/252308) (Pte: Illmo. Sr. D Antonio Muñiz Díez); Valladolid, sección 1ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2021\102918) (Pte: Illmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera); Burgos, sección 2ª, de 17 de septiembre de 2021 (JUR 2021\366076) (Pte: Illmo. Sr. D Mauricio Muñoz Fernández); Pontevedra, sección 1ª, de 8 de noviembre de 2021 (JUR 2022\51244) (Pte: Illmo. Sr. D Eugenio Francisco Miguez Tabares); Madrid, sección 22ª, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022\67452) (Pte: Illma. Sra. Doña M. Ángeles Velasco García); Ciudad Real, sección 2ª, de 17 de diciembre de 2021 (JUR 2022\121133) (Pte: Illmo. Sr. D Fulgencio Víctor Velázquez de Castro Puerta); Asturias, sección 1ª, de 22 de febrero de 2022 (JUR 2022\146112) (Pte: Illmo. Sr. D Miguel Juan Covian Regales); Pontevedra, sección 1ª, de 3 de marzo de 2022 (JUR 2022\115338) (Pte: Illmo. Sr. D Francisco Javier Menéndez Estébanez) o Toledo, sección 1ª, de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\118856) (Pte: Illma. Sra. Doña Carolina Hidalgo Alonso). De signo contrario, las SSAP de Madrid, sección 8ª, de 9 septiembre de 2020 (JUR 2021\3680) (Pte: Illma. Sra. Milagros del Saz Castro); Navarra, sección 3ª, de 27 de octubre de 2020 (AC 2020\1782) (Pte: Illmo. Sr. D Jesús Santiago Delgado Cruces) y Salamanca, sección 1ª, de 1 febrero de 2023 (JUR 2023/103790) (Pte: Illma. Sra. Doña Sonia Rebollo Revesado). Estas tres últimas se apoyan para admitir la extinción de alimentos en el cese voluntario y prolongado en el tiempo del contacto con el progenitor tras la mayoría de edad, en la existencia de un rechazo absoluto hacia la figura paterna y en la acreditación por el progenitor demandante de sus intentos infructuosos de reanudar las relaciones con sus hijos.

IV. CONSIDERACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En la época de la codificación decimonónica no era común que el afecto tuviera alguna relevancia en el plano jurídico, a pesar de que este sentimiento es el que desde siempre constituye, de hecho, la esencia y el fundamento de las relaciones familiares. Los Códigos Civiles actuales siguen ligando consecuencias sobresalientes a la existencia de determinados lazos de sangre entre los individuos; ligamen que se produce con independencia de la concurrencia de relaciones afectivas o emocionales entre ellos. Aunque el concepto de familia continúa vinculado a ligámenes de sangre, debe otorgarse cada vez más importancia a las relaciones de cuidado y de afecto entre sus miembros. Así, muchas de las tradicionales funciones de la familia se han ido ya abandonando, como la de ser una institución destinada a cumplir objetivos económicos o de ubicación social de sus miembros, poniéndose más el peso en la faceta afectiva y emocional y, por tanto, en una perspectiva funcional de la familia. Este nuevo enfoque funcional del concepto de familia va ligado a la tutela reciente de una pluralidad de modelos familiares.

El desarrollo del concepto jurídico del afecto ha tenido lugar inicialmente en el ámbito de la filiación. El propósito del presente trabajo consiste, en esencia, en subrayar la relevancia jurídica que empieza a poseer en la actualidad la faceta afectiva y emocional de la familia, individualizándose aquella a través de determinados ejemplos normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales, en un listado desde luego no exhaustivo. En particular, se persigue poner de manifiesto el doble juego que la afectividad puede tener hoy en el ordenamiento jurídico en dos sentidos: positivo y negativo.

El juego de tal incidencia en un sentido positivo tiene lugar respecto a personas entre las que, no habiendo un previo vínculo paterno-filial de base biológica o legal, se ha generado un cierto vínculo familiar o cuasifamiliar, de mayor o menor intensidad, a partir del mutuo cuidado y de su convivencia. Consecuencia de la idea de que las relaciones familiares deberían centrarse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos es el debilitamiento del elemento biológico de la relación paterno-filial. En el trabajo se individualizan tres posibles manifestaciones de este debilitamiento del elemento biológico. Tal debilitamiento propone, en primer lugar, que la socioafectividad constituya un título de determinación de la filiación, tal cual sucede en ciertos ordenamientos latinoamericanos, como el brasileño o el cubano. Así, la generación de la relación paterno-filial deriva de la existencia de relaciones de afecto y de solidaridad recíprocas entre un adulto y un menor de edad, en las que concurre la voluntad de comportarse el primero como un progenitor, junto al efectivo desempeño durante la convivencia de todas o algunas funciones análogas a las que tendría un padre o una madre. Pero desde esta primera manifestación se propone no solo que la socioafectividad sea fuente autónoma de determinación de la filiación, sino que, cuando sea necesario, la paternidad socioafectiva no se destruya y pueda coexistir con la paternidad biológica, aunque ello implique dejar de lado la regla tradicional de la bigenitorialidad para dar paso a la pluriparentalidad.

Se ha apuntado que quizás la inclusión de la socioafectividad en el sistema jurídico de la filiación no es una cuestión tan nueva en la medida en que ya desde antiguo el derecho de filiación ha dado relevancia a la posesión de estado, que presume las relaciones afectivas entre quienes se tratan, *ad intra* y *ad extra*, como padre o madre e hijo e hija. No obstante, a mi juicio, no pueden considerarse equivalentes el concepto de paternidad socioafectiva, tal y como se regula en los citados derechos latinoamericanos, y el concepto de posesión de estado tal y como se recoge en el Código Civil español. La primera gran diferencia es que el concepto de posesión de estado, conforme a la regulación vigente del Código Civil español, no es fuente de filiación, mientras que la paternidad socioafectiva sí lo es en los ordenamientos brasileño y cubano. Así, en el artículo 108 del citado Código español se afirma que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, a lo que ha de añadirse la voluntad procreacional de acuerdo con la legislación de técnicas de reproducción asistida. En la regulación actual la posesión de estado solo prueba una filiación surgida de otras fuentes, pero no puede dar lugar por sí misma al vínculo paterno-filial. Es cierto que en algunos pronunciamientos jurisprudenciales (SSTS de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014) el Tribunal Supremo ha mantenido que la posesión de estado es fuente de filiación si va acompañada de otros elementos, pero con posterioridad ha dictado otras sentencias en las que, sin rectificar abiertamente la doctrina de 2013 y 2014, ya no se ha pronunciado en idéntico sentido.

La segunda diferencia entre ambas figuras es que, de acuerdo con el Código Civil español (artículos 132 a 134), la existencia previa de posesión de estado entre una persona adulta y un menor no impide el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por parte del progenitor biológico cuando no concurre posesión de estado a su favor. Por tanto, cuando entra en pugna una filiación biológica sin posesión de estado frente a quien ha venido ejerciendo las funciones de padre o madre, conforme al Código Civil y siempre que concurren los presupuestos referidos para la estimación de la acción de reclamación de la filiación, prevalece el nexo biológico, y a lo más que en principio puede aspirar quien ha tenido la posesión de estado es a disfrutar de un régimen de relaciones personales con el menor en concepto de «allegado». Frente a la regulación española la paternidad socioafectiva de los ordenamientos brasileño o cubano puede coexistir con la paternidad biológica.

Por consiguiente, la posesión de estado como título de determinación de la filiación requeriría un pronunciamiento expreso del legislador español en tal sentido, de modo similar a como ya se ha hecho en otros ordenamientos. El reconocimiento legal de la paternidad o maternidad socioafectiva con apoyo en la posesión de estado debería venir acompañada, además, de una reforma en otros ámbitos en los que incidiría, como la vecindad civil, nacionalidad, apellidos, derecho-deber de alimentos y derechos sucesorios.

Junto a la anterior manifestación más extrema de este debilitamiento del elemento biológico, existe una segunda en la que el afecto es la base para asumir el ejercicio de responsabilidad parental, presente tanto en el Código del Derecho Foral de Aragón como en los Códigos Civiles argentino y cubano. Así, cabe distinguir, a modo de ejemplo ilustrativo, dos fórmulas distintas dentro de las familias reconstituidas. La primera es la asunción del ejercicio de

las responsabilidades parentales por el adulto afín (o padrastro/madrastra) cuando el progenitor no residente no se encuentra involucrado en la vida del menor por la concurrencia de determinadas circunstancias (muerte, ausencia, incapacidad...). El fundamento para ello es, sin duda, la relación funcional o socioafectiva entre el adulto afín y el menor, en cuanto no hay entre ellos ni una relación genética ni una voluntad procreacional, pero sí sólidos lazos afectivos. La segunda fórmula posible es la delegación, a favor del cónyuge o conviviente afín, del ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor residente cuando este no estuviera en condiciones de cumplir con las funciones a su cargo por razón de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor.

La tercera manifestación de la atenuación del elemento biológico en la relación paterno-filial es aquella en la que el vínculo afectivo entre adulto y menor constituye el fundamento para el ejercicio de determinadas funciones parentales de cuidado. De nuevo un primer ejemplo se encuentra en las familias reconstituidas, cuando el adulto afín no se equipara, ni desde el punto de vista formal ni funcional, a un progenitor, pero se le habilita para tomar decisiones diarias relativas a la crianza y la educación del menor en cuanto mantiene una relación familiar con este último que ambos han desarrollado a través de su convivencia. Así, cabe citar, a título ilustrativo, el artículo 236-14 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y a la Familia, que posee su fuente de inspiración en la figura del derecho alemán *kleines Sorgerecht*. Un segundo ejemplo se halla en el otorgamiento de la guarda del menor al padre putativo («falso padre») en las hipótesis de atribución indebida de paternidad, como ha hecho la STS de 20 de noviembre de 2013 en un pronunciamiento de carácter excepcional, basado, además de en otras razones, en el vínculo afectivo generado entre ambos.

En segundo lugar, el trabajo aborda la incidencia negativa de la afectividad en las relaciones paterno-filiales, que posee su razón de ser en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo español, en los cuales parece subyacer la importancia que en la actualidad poseen las relaciones de afecto y de cuidado entre familiares por encima de los lazos de sangre. Tal es su relevancia que se llega a suprimir o a considerar que se podrían suprimir las consecuencias jurídicas que la ley vincula a dichos lazos familiares a causa de la inexistencia o no concurrencia en el caso concreto de esas relaciones de afecto y de cuidado.

La supresión de los efectos jurídicos de la norma se produce en algunos supuestos en ventaja del hijo o hija, en otros en beneficio del progenitor o progenitora. Como ejemplo de la supresión de los efectos jurídicos de la norma solicitados por el hijo o hija cabe citar la STS de 21 de noviembre de 2022. La regla general prevista en el ordenamiento español es que la filiación determina los apellidos y, por tanto, una vez establecida aquella por ambas líneas, los apellidos de la persona son los primeros correspondientes a ambos progenitores. El citado pronunciamiento judicial representa un excelente ángulo desde el que analizar la relevancia actual de la afectividad en las relaciones paterno-filiales, de modo que su ausencia en determinadas hipótesis constituye una circunstancia excepcional que permite llegar a suprimir la norma general sobre la atribución al hijo de los apellidos de ambos progenitores. Así, tras el abandono por el padre de la hija a la edad de 5 años

para marcharse a Egipto, su país de origen, aquella mantiene tal relación conflictiva con su primer apellido paterno extranjero, que llega reclamar su sustitución por el materno. El fallo es importante también en cuanto adopta un concepto de abandono como ausencia de cuidados y de afectos, el cual ha sido ya empleado en más ocasiones de forma reciente por el Tribunal Supremo español y por otros tribunales extranjeros.

La normativa del Código Civil español reguladora de las obligaciones de pago de alimentos entre parientes y de las legítimas no prevé entre las causas de extinción de las mismas la falta de contacto o de relación afectiva entre los familiares. Pero en determinados pronunciamientos judiciales, relativos a la petición de la extinción de la obligación alimenticia o de la desheredación respecto a los hijos mayores de edad por parte de sus progenitores, el Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación extensiva de determinados conceptos incluidos en la normativa del Código Civil reguladora de dichos ámbitos, señalando que aquellos comprenden, bien el maltrato psicológico, bien la falta de relación. Estos pronunciamientos judiciales han sido, con razón, objeto de críticas doctrinales argumentándose que el Tribunal Supremo está invadiendo competencias del legislador estatal, en la medida en que, si se quieren introducir cambios en la regulación normativa admitiendo nuevas causas de extinción de la obligación de alimentos o de la desheredación ligadas a la falta de afecto o de relación, no puede hacerlo la jurisprudencia en cuanto no es fuente del derecho.

El fundamento último perseguido con estos pronunciamientos puede ser doble. O bien con los mismos se buscaría adaptar el ordenamiento español a la nueva realidad sociológica del envejecimiento de la población, tratando de llegar a soluciones justas para resolver los problemas actuales de las personas mayores respecto a sus hijos; o bien tales fallos son ilustrativos de que empieza a reconocerse que la faceta afectiva y emocional constituye hoy un elemento cada vez más relevante para el derecho de familia actual. A mi juicio, e inclinándome hacia la segunda de las alternativas, entiendo que estos fallos relativos tanto a desheredación como a la pérdida del derecho de alimentos por falta de afecto o de relación entre familiares, han de relacionarse con aquellos otros en los que se aborda el concepto de abandono de los hijos menores por parte de los progenitores como ausencia de cuidados y de afectos.

El problema de las propuestas normativas que prevean la pérdida de la legítima o la pérdida del derecho de alimentos de los hijos o hijas por la falta de contacto o por la mala relación con su progenitor es que están condenadas en la práctica a un elevado grado de fracaso. De este modo y con el fin de huir de tal resultado, el legislador debería evitar, en la medida de lo posible, el uso de conceptos jurídicos indeterminados, incluyendo una definición de falta de relación familiar y concretando cuándo la ausencia de contacto es manifiesta y continuada. La prueba de la usual exigencia de que dicha falta de relación sea imputable de forma exclusiva o principal a los hijos o hijas es tan compleja que lleva casi siempre a la desestimación de las pretensiones de extinción de la obligación alimenticia o de la desheredación, y en cualquier caso suele conducir a una indeseada invasión de la intimidad familiar al tenerse que analizar los verdaderos motivos que llevan a los hijos a rechazar la relación con su progenitor durante años.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, S., «Comentario al artículo 853 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Volumen II (directores A. Cañizares Laso et al.), Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016, pp. 986-990.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «La socioafectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», *Persona, familia y género. Liber Amicorum a María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Atelier, 2022, pp. 155-168.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia nacional», *Estudios de Derecho Privado*, III Jornadas Nacionales de profesoras de derecho privado (editoras R. Álvarez, P. Prado y R. Saavedra), Edeval, Valparaíso, 2023, pp. 157-171.
- ARAQUE GARCÍA, A., «Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, pp. 2510-2533.
- ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E., «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?», *InDret*, 2/2015, pp. 1-32 (www.indret.com).
- ARROYO AMAYUELAS, E., «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», *InDret* 1/2010, pp. 1-58 (www.indret.com).
- BARBA, V., «Temas e interpretaciones del Derecho sucesorio italiano», *Revista Boliviana del Derecho*, 2021, N.º 32, pp. 366-383.
- BARBER, R., QUICIOS, S. y VERDERA, R., «Presentación», *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 13-14.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, N.º 28, pp. 93-136.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario al art. 110 CC», *Código Civil Comentado*, Vol. I (directores A. Cañizares Laso et al.), 2ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 604-609.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Situación actual del derecho de filiación en España», *ADC*, 2023, fasc. 4, pp. 1375-1420.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación como causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, N.º 4, pp. 289-302.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Jornada sobre “Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar”». 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», *Anuario de Derecho Civil*, 2023, fasc. I, pp. 225-242.

- BERENICE DIAS, M., «Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 21-29.
- BERIAN FLORES, I. e IMAZ ZUBIAUR, L., «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial», *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, N.º 34, pp. 118-155.
- BLANDINO GARRIDO, M.A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 31-51.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., «La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2019, N.º 49, pp. 1-30 (BIB 2019/6805) (consulta *online*).
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad Civil*, 2014, N.º 3, LA LEY 964/2014 (consulta *online*) (<https://laleydigital.laleynext.es/>).
- CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, pp. 247-269.
- CARRASCO PERERA, A., «¿Te 'ningunean' tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2014, N.º 8962 (BIB 2014/4447).
- CASTELLANOS CÁMARA, S., «Cambio de apellidos en "circunstancias excepcionales". Comentario a la STS 795/2022, de 21 de noviembre», *CCJC*, mayo-agosto 2023, N.º 122 (consulta *online*).
- CHAVES, M., «The definition of Parenthood in Brazil and in Portugal», *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe* (editores K. Boele-Woelki y M. Dieter), Intersentia, United Kingdom, 2019, pp. 119-141.
- CHRISTANDL, G., «La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales», *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (directores F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 213-221.
- CLARKE, J.A., «They, them, and Theirs», *Harvard Law Review*, 2019, Vol. 132, pp. 896-991.

- COLÁS ESCANDÓN, A.M., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2005.
- COSTAS RODAL, L., «Indignidad para suceder al hijo menor fallecido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, N.º 7 (BIB 2018/10237)
- DE BARRÓN ARNICHES, P., «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)», *ADC*, 2024, fasc. I, pp. 353-380.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor», *RCDI*, 2014, N.º 744, pp. 1924-1942.
- DETHLOFF, N., KAESLING, K. y LEVEN, F., «From Marriage to Family: Plurality of Family Forms from a Comparative Perspective», *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms* (editores N. Dethloff y K. Kaesling), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023, pp. 1-22.
- DÍAZ PARDO, G., «Multiparentalidad v. filiaciones contradictorias», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 261-277.
- ESTEVE ALGUACIL, L., *Familias reconstituidas y formas de parentalidad. Un estudio jurídico-comparado para redefinir los lazos familiares*, Tesis doctoral (dirección por J. Ferrer Riba y E.Farnós Amorós), UPF, 2023, 344 p. (<https://www.tdx.cat/handle/10803/689286>).
- FARNÓS AMORÓS, E., «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 95-118.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª, Pleno, de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de encrucijada actual», *ADC*, 2022, T. III, pp. 1281-1314.
- FARNÓS AMORÓS, E., *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat e els conceptes «pare» i «mare»*, Atelier, Barcelona, 2023.
- FENTON-GLYNN, C. y SCHERPE, J. M., «The Inconsistent Approach to Family Formation in England and Wales», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 251-268.

- FERRER RIBA, J., «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, N.º 3, pp. 729-756.
- FERRER RIBA, J., «Parental responsibility in a European perspective», *European Family Law*, Vol. III (editor J. M. Scherpe), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016, pp. 284-310.
- FERRER RIBA, J., «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Revista de derecho de familia*, 2018, N.º 85, Abeledo Perrot, pp. 163-167.
- FERRER RIBA, J., «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», *Retos actuales de la filiación. XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 297-327.
- FONT BARONA, J.L., «Sujeción a prueba del maltrato psicológico en general y del abandono afectivo en particular como justa causa de desheredación. Comentario a la sentencia N.º 419/2022 de 24 de mayo, del Tribunal Supremo», *CCJC*, 2023, N.º 122 (consulta online).
- FORMAN, D.L., «Legal Relationships between Adults and Children in the United States of America», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson y G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 583-621.
- GALICIA AIZPURUA, G., «Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *Retos y oportunidades del derecho de sucesiones* (director C. Villo Travé), Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 47-74.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Desheredación, maltrato psicológico y debate sobre las legítimas» (<https://hayderecho.expansion.com/2014/09/08/desheredacion-maltrato-psicologico-y-debate-sobre-las-legitimas/>).
- GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *derecho de familia: homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo* (coordinadora P. Abad Tejerina), Sepin, Madrid, 2021, pp. 279-290.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria* (coordinadores V. Barba y L. B. Pérez Gallardo), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-57.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares (1)», *La Ley. derecho de familia*, 2021, N.º 30, pp. 1-30 (LA LEY 7814/2021) (laleydigital)
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», *Persona, Familia*

- y Género, *Liber Amicorum a María del Carmen Gete-Alonso y Calera* (coordinadora J. Solé Resina), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-220.
- GETE-ALONSO, M. C. y SOLÉ RESINA, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GILI SALDAÑA, M., «Comentari al art. 240-1 CCC», *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 1033-1040.
- GOMÁ LANZÓN, I., «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (directores F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-76.
- GÓMEZ LÓPEZ, M., «El respeto al derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17, pp. 498-513.
- GONZÁLEZ COLOMA, G., «El valor jurídico de la socioafectividad en el nuevo concepto de pluriparentalidad en el derecho de familia», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 337-351.
- HEATON, J. y KEMELMAJER, A., «Family Forms and Family's Functions -A Comparative Perspective», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp 1-43.
- HELMS, T., «Legal relationships between adults and children in Germany», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 285-321.
- HERRERA, M., *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023.
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», *La Ley*, 08/10/2014, pp. 1-31.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Prólogo», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2022, pp. 15-17.
- KEMELMAJER, A. y HERRERA, M., «Legal relationships between adults and children in Argentina», *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (editores J. Sosson, G. Willems y G. Motte), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 37-74.

- KESSLER, L.T., «Community Parenting», *Washington University Journal of Law & Policy*, 2007, Vol. 24, pp. 47-77.
- KHA, H., «The diversification of family forms and functions in the law of Australia», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 113-133.
- LAGHI, P., «Note critiche sull'art. 448-bis c.c.», *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2016, N.º 1, pp. 73-100.
- LAUROBA LACASA, M. E., «Comentari al art. 236-14 CCCat», *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 853-860.
- LIMA, D., «The concept of Parenthood in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe* (editores K. Boele-Woelki y M. Dieter), Intersentia, United Kingdom, 2019, pp. 103-118.
- LOWE, N. y DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, University Press, Oxford, 2015.
- MALAUURIE, P. y AYNÈS, L., *Droit de la Famille*, 7 édition, LGDJ, Paris, 2020.
- MARTÍN CASALS M. y RIBOT IGUALADA J., «Daños en derecho de familia», *ADC*, 2011, N.º 2, pp. 503-561.
- MARTÍNEZ CALVO, J., «Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, N.º 12, pp. 176-193.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La filiación, entre biología y derecho», *Prudentia Iuris*, 2013, N.º 76, pp. 117-133.
- MAYOR DEL HOYO, V., «Comentario al art. 113 CC», *Comentarios al Código Civil* (directores A. Cañizares Laso et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1054-1059.
- MEDINA, G., «Socioafectividad y derecho de familia», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2020-II, Año 45, N.º 101, pp. 86-101.
- MEDINA, G., «New Family Forms and Family Functions in Argentine Law», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 91-112.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo II, curso 2008/2009, Colegio Notarial de Madrid, 2009, pp. 495-560.
- MOLINER NAVARRO, R., «La protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II (coordinadores F.P. Blasco Gascó et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1661-1682.

- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., «La posesión de estado de padre como fuente de la filiación», *Diario La Ley*, 27 de mayo de 2015, N.º 8548, Sección Doctrina, Ref. D-210, LA LEY 3450/2015 (consulta *online*).
- MÚRTULA LAFUENTE, V., «Ser “padre” o “madre” va más allá de la biología. Sobre el valor de la socioafectividad en el Derecho de filiación y hacia un posible reconocimiento de la multiparentalidad», *Entre Persona y Familia* (directores J.R. De Verda y G. Carapezza), Reus, Madrid, 2023, pp. 961-990.
- NEJAIME, D., «The Nature of Parenthood», *The Yale Law Journal*, 2017, Vol. 126, No. 8, pp. 2260-2381.
- NEVADO CATALÁN, V., «Imposición de paternidad al marido: ¿la relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños (a propósito de la STS de 13 de noviembre de 2018)?», *ADC*, 2019, N.º 3, pp. 961-985.
- NUßBERGER, A. y VAN DE GRAAF, C., «Pluralisation of Family Forms in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms* (editores N. Dethloff y K. Kaesling), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023, pp. 111-132.
- ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas. Derecho Civil común y Derechos Civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- PAU, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *RDC*, 2020, vol. 7, N.º 1, pp. 3-29.
- PELLEGRINI, M. V., «Artículo 673. Deberes del progenitor afín», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II (editores G. Caramelo, S. Picasso y M. Herrera), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 508-509.
- PEREDA MIRABAL, A.M., «La filiación en el nuevo Código de las familias de Cuba. Especial referencia a la socioafectividad y su relación con el derecho a la identidad», *Derechos de las Familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano* (directores M. Herrera y L. B. Pérez Gallardo), Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 201-221.
- PÉREZ DEL AMO, F., «La figura del allegado», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, pp. 2378-2403.
- PÉREZ GALLARDO, L. B., «El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad», *La Ley derecho de familia*, 2019, N.º 22 (LA LEY 8288/2019).
- PÉREZ GALLARDO, L. B., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores L. B. Pérez Gallardo y M. M. Heras Hernández), Ediciones Olejnik, Argentina, 2022, pp. 197-221.

- PÉREZ GALLARDO, L. B., «Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las Familias de Cuba», *Derechos de las Familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano* (directores M. Herrera y L. B. Pérez Gallardo), Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 519-539.
- PINTENS, W. y SEYNS, S., «Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law», *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society* (editores C. Castelein, R. Foqué y A. Verbeke), European Family Law Series, N.º 26, Intersentia, Antwerp-Oxford - Portland, 2009, pp. 167-187.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Atelier, Barcelona, 2022.
- QUICIOS MOLINA, S., «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013», *CCJC*, 2014, N.º 95, pp. 609-630.
- QUICIOS MOLINA, S., «Doble maternidad y acciones de filiación: concepto de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS, de 27 de enero de 2022», *CCJC*, 2022, N.º 120, pp. 141-168.
- RIBERA BLANES, B., «La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, N.º 13, pp. 482-529.
- RIBERA BLANES, B., «Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N.º 17 bis, pp. 2460-2509.
- RIBOT IGUALADA, J., «Comentari al art. 451-17 CC Cat», *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II (directores J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba y coordinadora L. Alascio Carrasco), Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1393-1402.
- RIBOT IGUALADA, J., «El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias», *ADC*, 2024, fasc. I (enero-marzo), pp. 217-250.
- RODA Y RODA, D., «Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia», *Revista de derecho de familia*, N.º 99/2023 (BIB 2023/1105) (consulta de la versión *online*)
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «De nuevo sobre la reparación de los daños en el matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *La Ley*, 4 de marzo de 2011, N.º 7582, pp. 7 y ss.

- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España», *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coordinadoras P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, 2015, pp. 85-174.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 6 (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-949.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., «Legítimas y libertad de disposición del causante (1)», *La Ley*, 17 noviembre 2016, Ref. D-403, LA LEY 8637/2016, pp. 1-14.
- SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, 2015.
- SALVADOR CODERCH, P. y ALASCIO CARRASCO, L., «Comentari al art. 231-1 CCC», *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 55-69.
- SANDERS, A., «Family Functions and New Family Forms in Germany», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 269-289.
- SCHERPE, J. M., *The present and future of European Family Law*, Vol. IV, Edward Publishing Limited, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2016.
- SERRANO GARCÍA, J.A., «Comentario al artículo 85», *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón* (director J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 207-209.
- SHAW SPAHT, K., «Successions and Donations», *Louisiana Law Review*, 1986, Vol. 46, N.º 3, pp. 707-715.
- TAMAYO HAYA, S., «De la paternidad biológica a la paternidad social», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II (coordinadores F.P. Blasco Gascó et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2557-2584.
- TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*, 2013, vol. 6, pp. 261-316.
- TORRELLES TORREA, E., «De la Sagrada Familia de Murillo a la Gay Family on Dinner de Raphael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico», *ADC*, fasc. 4, 2023, pp. 1421-1488.
- VALERA CASTRO, I., «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho Privado», *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (coordinadoras G. Tomás y A. Vidu), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1007-1031.

- VAQUER ALOY, A., «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret* 4/2017, pp. 1-28 (www.indret.com).
- VAQUER ALOY, A., «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, 2020, fasc. III, pp. 1067-1095.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y CHAVES, M., «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2018, N.º 48, pp. 133-157.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., «El contrato vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *ADC*, 2023, fasc. III, pp. 989-1040.
- VERDERA SERVER, R., «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, 2016, vol. 30, pp. 75-126.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «La patria potestad», *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), Vol. VI, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 51-200.
- ZERVOGIANNI, E., «The notion and function of family in Greek Law», *Plurality and Diversity in Law, Family Forms and Family's Functions* (editores J. Heaton y A. Kemelmajer), Intersentia, United Kingdom, 2023, pp. 291-315.
- ZIMMERMANN, R., «The Compulsory Portion in German Law», *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Research Paper Series*, 2019, N.º 19/19, pp. 1-53 (<http://ssrn.com/abstract=3499075>).

RELACIONES HORIZONTALES

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO EXPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR TRAS LA RUPTURA DE PAREJA EN ARGENTINA*

NATALIA DE LA TORRE¹

*Profesora adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones
Universidad Nacional de Avellaneda (Argentina)*

RESUMEN

El presente trabajo reflexiona sobre el alcance de la figura de la compensación económica en el derecho argentino, a partir de algunos nudos críticos planteados en la jurisprudencia y doctrina, amén de las propuestas de reforma legislativa presentadas en el Parlamento. En particular, se analizan los presupuestos de procedencia formal para acceder a la compensación económica, así como la falta de previsión normativa de una compensación posruptura por las tareas realizadas en el hogar, en línea con la normativa del derecho español para el caso de matrimonios en régimen de separación de bienes.

PALABRAS CLAVE

Compensación económica, relaciones de pareja, presupuestos de procedencia, plazo de caducidad, perspectiva de género.

* Fecha de recepción: 23-02-2024. Fecha de aceptación: 25-03-2024.

1. También, docente de la misma asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) Integrante del Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

ECONOMIC COMPENSATION AS AN EXPRESSION OF FAMILY SOLIDARITY AFTER THE BREAKUP OF A COUPLE IN ARGENTINA

ABSTRACT

This work reflects on the scope of the figure of economic compensation in Argentine law, based on some critical issues raised in jurisprudence and doctrine, in addition to the legislative reform proposals presented in Parliament. In particular, the budgets of formal origin to access financial compensation are analyzed, as well as the lack of regulatory provision for pos-breakup compensation for tasks carried out at home, in line with the regulations of Spanish law in the case of marriages. under a regime of separation of assets.

KEYWORDS

Economic compensation, couple relationships, budgets of origin, expiration period, gender perspective.

SUMARIO

1. Introducción	321
2. Presupuestos para acceder a la compensación económica en el derecho argentino	324
2.1. Presupuestos formales.....	324
2.2. Presupuestos sustanciales	327
2.3. Pautas de valoración judicial	328
3. Preexistencia de una relación de pareja e impedimento de ligamen.....	331
4. Revisión crítica del plazo de caducidad	335
4.1. Ampliación del plazo de caducidad	335
4.2. Modo de computar el plazo en contextos de violencia de género	337
5. Reconocimiento del trabajo reproductivo sin demostración de empeoramiento de la situación	342
6. Breves palabras de cierre	345
Bibliografía.....	346

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo² tiene por fin realizar una revisión crítica de una de las figuras que el ordenamiento jurídico argentino pone a disposición de los/as integrantes de una pareja –casada o en unión convivencial– una vez acaecida su ruptura a partir de la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015; me refiero a la compensación económica (en adelante, CE) como expresión del principio de solidaridad familiar luego del quiebre de la vida matrimonial o convivencial.

En los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Código Civil y Comercial argentino, antecedente del Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015³, se explica la incorporación de la CE, prevista en varias legislaciones del derecho comparado, entre otras, España y Chile, «con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio (y convivencia) no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge (conviviente) a costa del otro», previendo la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los miembros de la pareja acuerden o el/la juez/a de familia establezca una compensación económica⁴.

Al posergar uno/a de los/as integrantes de la pareja, generalmente las mujeres⁵, su desarrollo profesional y/o laboral detrás del proyecto familiar sin contraprestación, como señala Molina, la ley interviene, como balanceadora de estas situaciones, a través de dos mecanismos que operan en diferentes momentos⁶: a) durante la convivencia, con

2. Ponencia pronunciada y debatida en el Congreso Internacional celebrado en la Universidad Adolfo Ibáñez de Santiago de Chile, en septiembre de 2023, desarrollado al amparo del Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

3. Reforma integral del ordenamiento civil y comercial argentino que dejara atrás, después de casi 150 años, el Código Civil originario de Vélez Sarsfield sancionado en 1869. Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, publicada en el BO el 7 de octubre de 2014, en vigor desde el 1 de agosto de 2015.

4. AAWW, Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf, p. 577.

5. La compensación económica en el derecho argentino ha estado signada por la perspectiva de género, resultando relevante su incorporación, «puesto que implica una herramienta protectora valiosa para compensar las situaciones de desigualdad que, en general, aún hoy dejan a las mujeres en un estado de desamparo al persistir un sistema de familia patriarcal que sostiene la división estereotipada de roles entre mujeres y varones» (ROBBA, M. y LERUSSI, Romina, «Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídica feminista», *Ius et Praxis* vol. 24 N.º 2 Talca dic. 2018, recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200595).

6. MOLINA, M., *Compensación Económica*, Rubinzal, Santa Fe, Argentina, 2018, p. 71.

la obligación de contribuir a las cargas del hogar y, a la par, reconociendo el valor económico del trabajo reproductivo –quien lo presta cumple con su parte en las cargas–⁷ y b) tras la ruptura, con la composición económica.

En relación a esta última figura, cabe destacar que, a diferencia de lo que establece el Código Civil español⁸, la legislación civil y comercial argentina prevé la CE no solo luego de producida la separación o el divorcio de los cónyuges, sino ante el quiebre o cese de la convivencia en el marco de una unión convivencial; definiendo a esta última como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente género (art. 509).

Como toda institución novel, los primeros años de implementación de la CE estuvieron –y continúan– signados por arduos debates doctrinales y jurisprudenciales que van dibujando los contornos de la figura y el ADN propio de la CE a la argentina. No es objeto de estas líneas abarcar cada uno de los nudos problemáticos⁹, sino concentrar la atención en tres aristas de suma actualidad a partir de algunos casos emblemáticos que se han presentado en la justicia: a) la preexistencia de una unión convivencial, como presupuesto

7. Código Civil y Comercial argentino: artículo 455. Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas. ARTÍCULO 520. Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

8. Artículo 97, modificado en su último párrafo por la disposición final 1.25 de la Ley 15/2015, de 2 de julio. Ref. BOE-A-2015-7391. Código Civil. Texto Consolidado, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

9. Para ello, se puede compulsar, entre otros: MOLINA, M., «Violencia económica, perspectiva de género y compensación por divorcio o cese de la unión convivencial», *RDF* 110, 67, TR LALEY AR/DOC/1216/2023; PELLEGRINI, M.V., «Enriquecimiento sin causa o compensación económica. Impacto de la perspectiva de género en el ámbito probatorio», *RDF* 2022-III, 183, TR LALEY AR/DOC/1336/2022; VENINI, G. y VENINI, A., «Divorcio, compensación económica y caducidad: el tiempo y los derechos», *DFyP* 2021 (diciembre), 66, TR LALEY AR/DOC/3013/2021; CHECHILE, A.M. y LOPES, C., «La compensación económica ante la finalización del proyecto de vida en común. Superación de la desigualdad estructural originada en los estereotipos de género», *LA LEY* 27/09/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2745/2021; PELLEGRINI, M.V., «Cuantificación y modalidad de pago de la compensación económica: ¿intereses?», *LA LEY* 28/04/2021, 5, TR LALEY AR/DOC/1183/2021; MOLINA, M., «El plazo para el reclamo de la compensación económica», *Rubinzal Online*, 351/2023, IMAS, G. E., «Compensación económica e impedimento de ligamen en las uniones convivenciales», *Rubinzal Online*, 877/2022 y ROBBA, M. y LERUSSI, R., «Una dogmática feminista de la Compensación Económica», *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Civil, Derecho de las familias, Niñez, Salud* (directoras M. Herrera, N. de la Torre y S. E. Fernández), Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2021, pp. 343-363.

formal para acceder a la CE, frente a la existencia de impedimento de ligamen desde el principio de solidaridad familiar, b) la puesta en crisis del plazo de caducidad para reclamar la CE desde la obligada perspectiva de género y c) la falta de previsión de una compensación económica solo por las tareas reproductivas cumplidas en el marco de la vida en pareja, sin exigir un empeoramiento de la situación económica o la acreditación de un «dejar de hacer» fuera del hogar.

En este marco, antes de adentrarnos en el objetivo planteado, deviene necesario explicitar brevemente cuáles son los presupuestos para acceder a la compensación económica en el derecho argentino.

2. PRESUPUESTOS PARA ACCEDER A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO ARGENTINO

La doctrina¹⁰ distingue tres tipos de presupuestos, a saber: los presupuestos formales, los sustanciales y las pautas de valoración; estas últimas sirven de guía tanto para determinar si existe el desequilibrio económico causado como para establecer la cuantificación o monto de la CE.

2.1. Los presupuestos formales

2.1.1. *La preexistencia de una relación de pareja matrimonial o convivencial*

En el caso del matrimonio la acreditación de su existencia es sencilla, no presenta mayores conflictos; basta presentar el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. En caso de imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad, aunque la posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio (art. 423, CCyC).

En el caso de la unión convivencial la acreditación de su existencia se complejiza puesto que no se exige para su constitución un acto formal de celebración, bastando para su conformación el cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: que los/as integrantes sean mayores de edad, no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta, no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (art. 510, CCyC). Cabe aclarar que la registración si bien está prevista no es obligatoria, pudiendo acreditar la existencia de la unión por otros medios más allá de la inscripción en el Registro Civil.

2.1.2. *Divorcio o cese de la unión convivencial*

El segundo de los requisitos formales consiste en demostrar que se haya dictado la sentencia de divorcio o producido el cese de la unión convivencial.

10. MOLINA, M. y PELLEGRINI, M.V., «Debates actuales respecto de la compensación económica», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* (directoras A. Kemelmajer de Carlucci Aída y M. Marisa; coordinadora N. de la Torre), Tomo VI-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, pp. 525 y ss.

En el marco del derecho argentino el divorcio es solo judicial, sin expresión de causa y sin plazo –pese a algunos intentos recientes inconexos e infructuosos por modificarlo¹¹, es decir, se decreta judicialmente a petición de ambos o uno de los cónyuges (art. 437, CCyC).

El cese de la unión convivencial, en cambio, se produce *de facto*, es decir, no precisa de intervención judicial o declaración en sede administrativa. La unión puede cesar por muerte de uno o ambos convivientes, por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros con una tercera persona, por el matrimonio entre los convivientes, por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral de alguno/a de los/as convivientes notificada fehacientemente al otro/a o por el cese de la convivencia mantenida; aclarando que no cualquier interrupción de la convivencia implica su cese –viajes laborales, de estudio o similares no implican quiebre de proyecto de vida en común pese a la falta de cohabitación temporal– (art. 523, CCyC).

De una simple lectura, fácil se observa que algunas de las causales de cese de la unión son bastante más complejas de justificar que otras, por ello, a la hora de evaluar la prueba el/la juez/a debe tener en consideración que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba y que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar (art. 710, CCyC); máxime considerando que la acreditación del cese es fundamental puesto que, a partir de ella, comienza a contarse el tercer requisito formal: el plazo de caducidad.

2.1.3. Plazo legal para el ejercicio de la acción

La legislación civil y comercial establece que la acción para reclamar la CE caduca a los seis meses de dictada la sentencia de divorcio (art. 442, CCyC) y a los seis meses del cese de la unión convivencial cualquiera sea la causal (art. 525, CCyC); por ello, el último de los presupuestos formales para poder acceder a ella, si es que no existe acuerdo entre las partes, es que no se haya cumplido el plazo legal para el ejercicio de la acción.

11. Me refiero al Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados e ingresado en el Trámite Parlamentario Nro. 207 del 27/12/2023 (Expediente Diputados: 0025-PE-2023, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf>) que, en el marco de una propuesta de reforma amplísima que incluía declaración de emergencia en diferentes áreas, la delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo, privatizaciones de empresas del Estado, entre otros, en más de seiscientos artículos, incluía una propuesta de modificación del artículo 435 del Código Civil y Comercial que regula las causales de disolución del matrimonio, proponiendo incorporar una causal más: la «comunicación de la voluntad de disolver el vínculo presentada por los cónyuges en forma conjunta ante el órgano administrativo del último domicilio conyugal, la cual tendrá los mismos efectos que el divorcio» (art. 352 proyectado), sin más.

Sobre este punto han surgido distintas discusiones hermenéuticas¹², cabe señalar aquí la que mayor interés ha causado, en tanto sobre ella no solo se ha expedido la justicia, sino que se han presentado diversos proyectos de ley para acallar dudas y resolver lo que se presenta como posible injusticia: ¿desde cuándo comienza a contarse el plazo de seis meses en el caso del divorcio y en el caso del cese de la convivencia?

En relación con el cómputo del plazo de caducidad de la CE en el marco del divorcio, la justicia ha adoptado distintas tesituras: a) en algunos casos se dispuso que el plazo de caducidad comienza a contabilizarse desde el día del dictado de la sentencia de divorcio¹³, b) en otros, desde la notificación de la sentencia de divorcio al interesado/a en petitioner la CE¹⁴ y c) en otros, que el plazo se debe comenzar a computar a partir de que la sentencia ha quedado firme¹⁵.

En la actualidad este debate, característico de los primeros años de vigencia del código ha perdido virtualidad puesto que se ha consolidado tanto en doctrina como en jurisprudencia la interpretación que sostiene que el plazo, pese a que el artículo no lo especifica, debe comenzar a computarse a partir de que el divorcio haya adquirido estado de cosa juzgada.

Por su parte, el plazo de caducidad de la CE, en el marco del cese de la unión convivencial, es interpelado desde dos ángulos: el primero, objeta lo exiguo del plazo de seis meses en un escenario familiar caracterizado por la informalidad; el segundo, debate el modo de contabilizar el plazo cuando el cese de la convivencia se encuentra atravesado por el flagelo de la violencia por motivos de género¹⁶. Ambos aspectos serán retomados en el apartado 4.

12. Entre otras, si la caducidad de la compensación económica es materia dispositiva o puede ser declarada de oficio por el/la juez/a. Para profundizar sobre este debate se recomienda ver, entre otros, DE LA TORRE, N., «Autonomía de la voluntad y compensación económica: convenio regulador y pactos de convivencia», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 38 de la RJUAM (coordinadora A. Rodríguez Guitián), España, 2018, pp. 73-98.

13. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 17/04/2018, «V. L., M. F. c. B., G. M. s/ acción compensación económica», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/23936/2018.

14. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil nro. 4, 26/02/2018, «B., D. M. c. O., C. P. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCCN», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/37171/2018.

15. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 20/09/2018, «V. M. M. c/ M., G. E. s/ FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA -ARTS. 441 Y 442 CCCN», inédito.

16. ROBBA, M. y LERUSSI, R., «Una dogmática feminista de la Compensación Económica», *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Civil, Derecho de las familias, Niñez, Salud* (directoras M. Herrera, N. de la Torre y S. E. Fernández), Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2021, pp. 343-363.

2.2. Presupuestos sustanciales

Los presupuestos sustanciales de la CE surgen de lo dispuesto en los artículos 441, para el caso del divorcio, y 524 para el cese de la unión convivencial:

El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación¹⁷ (art. 442, CCyC).

Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación¹⁸ (art. 525, CCyC).

De este modo, fácil se observa que el primer presupuesto sustancial para acceder a una CE en el derecho argentino es la constatación de un desequilibrio económico manifiesto entre las partes. No obstante, no cualquier desequilibrio, sino el causado en la vida en pareja y su ruptura –segundo presupuesto– y, además, que implique un empeoramiento de la situación económica de quien la peticona –tercer presupuesto–.

Como señala Pellegrini, no importan las decisiones individuales que precedieron a este desequilibrio, ni los motivos por los cuales se produce el divorcio o el cese de la unión –recuérdese que el derecho argentino abandona en el año 2015 el sistema de causales de divorcio, subjetivas y objetivas, e instala un divorcio sin expresión de causa– solo interesa la constatación de la existencia de una desventaja patrimonial de un cónyuge/conviviente respecto del otro/a con causa en el proyecto familiar compartido¹⁹.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma se afirma: «Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges (convivientes) al inicio del matrimonio (de la unión convivencial) y al momento de producirse el divorcio (el cese), esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición». Pero lo cuantitativo por sí solo no basta, se requiere además un estudio de tipo cualitativo, es decir, que incluya las potencialidades de desarrollo a futuro y que permita vislumbrar si existe o no un

17. La CE como efecto del divorcio puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el/a juez/a.

18. En el caso de las uniones convivenciales, además, la CE puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el/la juez/a.

19. PELLEGRINI, M.V., *Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en el ordenamiento jurídico*, Erreius, Buenos Aires, Argentina, 2017, p. 195.

empeoramiento de la situación individual de quien peticona la CE que no le permita afrontar de forma autónoma la vida posruptura.

Para ejemplificar cómo se implementan y desarrollan estas consideraciones en la justicia, cabe traer a colación un caso reciente, del 29 de marzo de 2023, del Juzgado de 1ra. instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, provincia de Corrientes²⁰ –noreste argentino–, que refiere a los presupuestos de la CE con toda claridad:

El empeoramiento debe provocar un impacto negativo en su situación económica, un descenso en el nivel y calidad de vida que gozaba durante el matrimonio. No es suficiente cualquier desequilibrio, sino que además debe ser perjudicial para el cónyuge que solicita la compensación. Por esta razón, la norma establece que debe ser manifiesto, es decir, evidente, patente ya que de por sí el quiebre de la disolución del vínculo matrimonial genera una variación económica, un cambio en el estilo de vida que afectara necesariamente a ambos contrayentes. (...) Que el demandado haya quedado residiendo en la vivienda familiar y la actora se encuentre en un lugar prestado por familiares, con sus hijos, también resulta sumamente considerable. Las posibilidades de que, en la actualidad, con cuarenta y un años de la actora, pueda acceder a un empleo con su preparación (secundario completo), son muy escasas, sobre todo atento a la realidad económica que atraviesa el país, sumado a que una mujer dedicada al cuidado del hogar en el campo ve reducidas sus relaciones y su socialización, lo que dificulta aún más su posibilidad de acceso a algún empleo. No hay dudas que la actividad desempeñada por la Sra. le ha permitido desempeñarse con total disponibilidad al Sr. T. y, le ha significado un importante aporte económico para los gastos del núcleo familiar y el alimento diario para sus integrantes.

Concluyendo: «Que la distribución de roles (...) ha desarrollado un riesgo económico, cuyas consecuencias solo fueron soportadas por la actora de autos, dejando incólume la situación del demandado. El principio de equidad aplicable debe impedir que la ruptura de esta relación de quince años, deje desamparada a la conviviente que invirtió tiempo en tareas que no le produjeron ningún rédito económico».

2.3. Pautas de valoración judicial

Como adelantara, a falta de acuerdo entre las partes, será el/la juez/a el que determine la procedencia y el monto, amén del tipo –suma de dinero, usufructo, etc.– y modalidad de pago, de la CE.

Por ello, luego de establecer o definir los presupuestos sustanciales, el Código Civil y Comercial incorpora en su articulado pautas de valoración para la fijación judicial de la compensación económica. Estas pautas actúan con un doble fin, son una guía que

20. Juzgado de 1ra. instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, 29/03/2023, «P. A. M. c. T. S. R. s/ Compensación económica», *La Ley*, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/173646/2023.

permite al juez/a, en cada caso, comprobar si se encuentran cumplidos los presupuestos sustanciales y, en caso de acreditarse, lo/la orientan sobre el monto, modalidad y periodicidad de la CE a fijar.

Estas pautas, aplicables a ambos escenarios –CE en el marco del divorcio y ante el cese de la unión–, son las siguientes: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges/convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada cónyuge/conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges/convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge/conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge/conviviente y f) la atribución de la vivienda familiar (arts. 442 y 525).

La redacción dispuesta por el/la legislador/a argentino a los artículos 442 y 525 ha permitido eludir la polémica generada en el derecho español sobre la interpretación del art. 97 del Código Civil –posura objetiva que entiende que las pautas solo sirven para determinar la cuantía vs. posura subjetiva que sostiene que, además, sirven para evaluar si existió *el desequilibrio económico causado*–. Como señala Molina: «La reforma argentina aprovechó el debate dado en España, se nutrió de él y siguió la línea trazada por la tesis subjetiva al señalar en forma expresa que los parámetros enumerados deben ser utilizados por el juez para determinar “la procedencia y el monto”»²¹.

Como muestra de esta línea hermenéutica, podemos citar una sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Ciudad de Buenos Aires, el 10 de mayo de 2023²²:

La compensación económica constituye, entonces, una herramienta de gran importancia para lograr una mayor igualdad real y no solo formal, con base en la protección al cónyuge más vulnerable, para que pueda lograr su independencia económica hacia el futuro y no se vea obligado a recurrir al pedido de alimentos. Agréguese que tres son las condiciones fácticas que justifican su procedencia: a) que se produzca un desequilibrio manifiesto de un cónyuge respecto al otro; b) que tal desequilibrio implique un empeoramiento en la situación del cónyuge que reclama; y c) que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura, a través del divorcio. Destáquese que solo ante la comprobación de tales presupuestos, la compensación puede tener favorable acogida.

21. MOLINA, M., *Compensación Económica. Teoría y Práctica*, Segunda Edición Ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, p. 242.

22. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Ciudad de Buenos Aires, 10/05/2023, «D., M. L. D. L. A. c. A., R. I. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA - ARTS. 441 Y 442 CCCN», *La Ley*, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/56847/2023.

En el caso bajo estudio (...) tengo también por acreditado que a la Sra. D., el divorcio le ha producido un desequilibrio objetivo y manifiesto que significó un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, por lo que se encuentra ajustado a derecho el otorgamiento de compensación económica a su favor. No puede perderse de vista que mientras la actora se dedicó al hogar y al cuidado de sus cuatro hijos, el demandado se desarrolló como profesional, quedando ella al margen del manejo de la economía de la pareja y sus bienes, lo que aumentó el desequilibrio generado por la distribución de roles en aquel momento.

Delineados, sucintamente, los presupuestos para acceder a la CE en el derecho argentino, estamos en condiciones de ahondar y profundizar en los nudos críticos o conflictos objeto del presente trabajo.

3. PREEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE PAREJA E IMPEDIMENTO DE LIGAMEN

Uno de los primeros debates en torno a la implementación de la CE en el derecho argentino, pese a las predicciones de la doctrina, no estuvo ligado al modo de acreditar y evaluar la existencia de los presupuestos sustanciales, sino que provino de un hontanar diferente: las dificultades a la hora de demostrar el cumplimiento de los presupuestos formales en caso de compensaciones económicas derivadas del cese de una unión convivencial.

De este modo, comenzaron a plantearse algunos interrogantes. ¿Qué pasa con aquellas convivencias que transitan su relación de forma completa con impedimento de ligamen de uno/a o ambos/as de sus miembros? En función del principio de solidaridad familiar, ¿resulta justo y acorde con la perspectiva obligada de derechos humanos excluirlas/os de la posibilidad de reclamar una CE por no cumplir con el primer presupuesto formal –la preexistencia de una unión convivencial–?

Desde el obligado diálogo de fuentes al que convocan los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (en nuestro caso, el inc. d. del artículo 510 que exige la falta de impedimento de ligamen para constituir una unión convivencial), pero conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, debiendo los/as jueces/zas interpretar la ley teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Desde este prisma, interesa analizar dos precedentes jurisprudenciales que han intentado responder a nuestros interrogantes disparadores frente a dos mujeres que reclamaban una CE por cese de convivencia –en un supuesto ante la muerte de su pareja, en el otro por quiebre de la relación– pero existiendo impedimento de ligamen en cabeza de quienes fueran sus compañeros de vida.

En orden cronológico ascendente, nos encontramos con el caso resuelto por el Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 de Oberá, Misiones –provincia del noreste argentino–, el 10 de agosto de 2017²³. Se trata de una conviviente supérstite que se presenta en el proceso sucesorio reclamando una CE, pero, amén de arrimar prueba a los fines de acreditar la existencia de los presupuestos sustanciales, solicita se declare la inconstitucionalidad del inc. d. del artículo 510 del CCyC puesto que, en rigor, nunca había conformado una unión convivencial a raíz de la subsistencia del impedimento de ligamen de su pareja fallecida.

Sobre este punto, a la hora de analizar qué hacer frente al incumplimiento del primer presupuesto formal, la justicia comienza por señalar: «(debemos) preguntarnos si (es

23. Juzgado Civil y Comercial Nro. 1, Oberá, Misiones, 10/08/2017, «Expte. N° 11570/2016 BIS 1/16 D. S. R. C. c/Sucesores de P. H. N. s/Incidente», inédito. (Sentencia aclaratoria 6/10/2017).

justo) negarle efectos jurídicos a una relación de convivencia de más de 18 años fundando en la permanencia de un ligamen meramente formal, un matrimonio vigente jurídicamente pero carente del elemento fundamental del mismo (cual es la convivencia y el proyecto de vida en común)».

Luego, entendiendo que no resulta justo, afirma: «Las políticas estatales de captación normativa no se apartan, o más bien tienen como punto de partida el Derecho Internacional respecto a los Derechos Humanos. Esto se debe a la necesidad de que no se dé por supuesta la vigencia social de un modelo único y eterno de familia (el nuclear patriarcal)». Agregando: «No se considera correcto que pudieran invocarse motivos religiosos, ni morales ni convencionales, ni jurídicos para estigmatizar un acto que no es en sí mismo irreligioso, ni inmoral, ni opuesto a las buenas costumbres, ni antijurídico. La relación comprometida: continua, prolongada con neta vocación de permanencia no puede resultar indiferente a la comunidad porque de hecho posee aptitud para generar secuelas tan notables como las provenientes de la relación matrimonial». Concluyendo que el excluir de la clasificación como unión convivencial con sus respectivas consecuencias jurídicas a la mujer y su expareja fallecida, no solo desconoce la verdad real, sino que produce una discriminación que castiga la decisión de las partes por el modelo de familia elegido, «ya que como se manifestara precedentemente, desproteger a la parte, desconocerle la decisión de elección de tal o cual forma de familia es ir en contra no solo de la intención de la normativa, sino además de la propia Constitución Nacional».

De este modo, se decreta la inconstitucionalidad del inc. d. del artículo 510 del CCyC –recuérdese que en el derecho argentino el control de constitucionalidad y convencionalidad no es concentrado sino difuso, cualquier juez o jueza puede tachar una norma por inconstitucional con efectos solo para el caso concreto²⁴– y se hace lugar al reclamo, estableciendo, en concepto de compensación económica, a favor de la conviviente supérstite la atribución del usufructo de la vivienda que fuera sede del hogar convivencial por el término de 17 años, plazo que se contabiliza a partir de la fecha del fallecimiento del causante.

En fecha posterior, 30 de agosto de 2022, el Juzgado de Familia de la 2ª Nominación de Córdoba acogió el pedido de CE en un escenario de similares características. La plataforma fáctica es la siguiente. El 17/11/2020 comparece la Sra. B y solicita la fijación de una compensación económica «de manera periódica/ mensual no inferior al equivalente de un salario mínimo vital y móvil» por el tiempo que duró la convivencia –14 años– en contra de quien fuera su conviviente, el Sr. C. La mujer sostiene que desde

24. «La garantía de la supremacía constitucional en el Estado de derecho argentino se halla en cabeza de la magistratura sin distinción de jerarquías ni fueros, caracterizándose al control de constitucionalidad como difuso, por ser común a jueces federales, nacionales, provinciales y locales» (BORGARELLO, M. P. , «Nuevas perspectivas del control de constitucionalidad de oficio», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Recuperado a partir de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/11433>, p. 263).

el comienzo de su relación fue el demandado quien se encargó de proveer todo lo relativo a los alimentos para la familia, mientras ella se dedicaba a las tareas del hogar y al cuidado esencial de sus hijos, fruto de una relación anterior. Relata que de manera intempestiva el señor de un día al otro se marchó, y que la dejó en estado de «suma insolvencia». Expresa que es hipertensa, que tiene diabetes, Chagas, artrosis reumática y visión disminuida en los dos ojos, todo lo que le dificulta la posibilidad de acceder a un trabajo. En cuanto a la capacidad económica de su quien fuera su pareja, expresa que «hasta que se fue de la casa percibía como haber jubilatorio aproximadamente la suma de pesos cien mil (\$100.000), como extrabajador de la Municipalidad de Córdoba.

Por su parte, al contestar demanda el señor refiere: «Lo único que persigue esta mujer, es seguir estafándome como lo hizo a través de 14 años». Agregando que durante todo el tiempo que estuvo en la vivienda que compartía con la actora y sus hijos, su vida fue un suplicio, «tenía que lavarme mi ropa, tenía que cocinar, tenía que limpiar mi dormitorio, etc.» (sic). Señala, además, que en varias ocasiones intentó volver a su hogar conyugal con su esposa, la Sra. R., objetivo que alega no poder lograr por las amenazas que recibía de parte de la actora, hasta que finalmente se retiró.

En este escenario el juez advierte que lo primero a resolver es si la señora tiene legitimación activa para solicitar una CE en vista a que en su contestación de demanda el señor expone dos circunstancias que pueden poner en jaque la viabilidad de lo peticionado: a) que se encuentra casado y b) que su convivencia con la actora fue «forzada». Descartada esta última por inverosímil, el foco de atención reposa en desentrañar si procede o no pasar a analizar los presupuestos sustanciales de la CE cuando falta uno de los requisitos formales: constituir previamente una unión convivencial.

Al igual que en el caso anterior el juez decide conceder legitimación activa a la señora, pero sin declarar la inconstitucionalidad del inc. d del art. 510 sino acudiendo a su inaplicabilidad al caso concreto –cabe aclarar que más allá de la discusión teórica sobre si procede la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de la norma, el resultado práctico es el mismo–. No obstante, lo más relevante, desde mi punto de vista, es la fundamentación que desarrolla para ello, en tanto introduce un matiz en su respuesta argumental que podríamos resumir con la siguiente pregunta: ¿quién tiene el impedimento de ligamen, quien solicita la CE o quien es demandado por su pago?

Frente a ello responde: «La circunstancia que (el señor) no iniciara la acción de divorcio contra su cónyuge (ni bajo la vigencia del Código Civil derogado, ni ya en presencia del sistema incausado del Código Civil y Comercial de la Nación) no puede ser un obstáculo, cuando quien reclama la compensación económica es quien convivió con él durante más de quince años. En este contexto no puedo dejar de considerar que (la señora) no tenía ninguna posibilidad legal para que aquel iniciara la acción respectiva». A lo que añade: «el mantenimiento del vínculo matrimonial del demandado solo era achacable a él, ya que como se verificó no existía convivencia con su cónyuge por el plazo de la unión convivencial (...) Otra mirada debería tenerse si quien hubiera estado casada era quien hoy reclama la compensación».

De este modo, el caso nos permite, de *lege data*, dejar asentadas dos consideraciones que resultan relevantes para resolver futuros casos sin necesidad de reformas legislativas.

En primer lugar, desde una interpretación finalista de las normas (arts. 510 y 524 del CCyC), establecer que, pese al impedimento de ligamen subsistente, si no existe convivencia ni proyecto compartido con el/la cónyuge en el transcurso de los años de convivencia con quien luego de su cese reclama la CE, no habría razón para negarle legitimación o, en otras palabras, para dar por cumplido el primer requisito formal.

La segunda, de carácter sistémico e integral: en un sistema de divorcio voluntario, sin expresión de causa, ágil y no supeditado a la falta de acuerdo respecto a sus efectos, resulta razonable limitar la legitimación activa para reclamar una CE, poscese de la unión convivencial, cuando quien acciona es quien tiene el impedimento y, en el otro extremo, concederla a quien no tiene obstáculo para constituir la unión ni herramientas para exigir compulsivamente que su conviviente inicie el divorcio.

A esta última tesitura, cabría añadirle un matiz a partir de la siguiente reflexión o pregunta: ¿es justo negar, en todos los casos, la posibilidad de reclamar una CE a quien tiene el impedimento de ligamen si cumple la primera consigna? Desde la obligada perspectiva de género, más allá de las consideraciones efectuadas sobre las facilidades del sistema de divorcio en el derecho argentino, en atención a la persistencia social de vínculos de pareja que se asientan y desarrollan en relaciones estructurales de desigualdad por motivos de género, cabría al menos dejar la pregunta abierta y analizarla frente al caso concreto puesto que, por ejemplo, la inacción frente al divorcio de una mujer podría estar sustentada en el miedo a la pérdida de una atribución del hogar *de facto*, una pensión alimentaria, la cobertura de su sistema de salud o, incluso, estar atravesada por una situación de violencia, entre otras situaciones que se pueden presentar.

4. REVISIÓN CRÍTICA DEL PLAZO DE CADUCIDAD

La segunda discusión, doctrinaria y jurisprudencial, sobre la que me interesa ahondar refiere a otro de los presupuestos formales de procedencia de la CE: el plazo legal para el ejercicio de la acción una vez producido el cese de la unión convivencial –en el caso del divorcio, como vimos, no existen contrapuntos o discusiones sobre este requisito en la actualidad–.

Cabe destacar que el plazo legal es de caducidad, no de prescripción, razón por la cual, una vez cumplido, se extingue el derecho no ejercido (art. 2566, CCyC) y el plazo no se suspende ni se interrumpe, excepto disposición legal en contrario (art. 2567, CCyC).

4.1. Ampliación del plazo de caducidad

Si bien el plazo de caducidad es el mismo en ambos escenarios –seis meses–, la primera crítica que se le hace al sistema instaurado por el código es que, en el caso de la unión convivencial, los seis meses resultan extremadamente acotados en atención a la informalidad que rodea su constitución y las mayores dificultades en materia probatoria sobre su cese²⁵. Para graficar y explicar esta crítica conviene presentar el siguiente ejercicio hipotético diferenciando dos escenarios.

Primer escenario: una pareja casada se separa de hecho en el mes de febrero del año 2021; en el mes de febrero de 2023, previo asesoramiento legal, la cónyuge decide iniciar una demanda de divorcio unilateral incluyendo en su propuesta reguladora de efectos posdivorcio el reclamo de una compensación económica. Trasladada la petición, el cónyuge rechaza la procedencia de la CE, se llama a una audiencia en junio de 2023 –sin acuerdo sobre este punto– y se dicta sentencia de divorcio en agosto de 2023. El plazo legal para el ejercicio de la acción, en este caso, vence en febrero de 2024, es decir, tres años después de producido el cese de la cohabitación.

Segundo escenario: una pareja en unión convivencial se separa en el mes de febrero del año 2021; el plazo legal para el ejercicio de la acción vence en agosto de ese mismo año, sin verse obligada a requerir asesoramiento legal, es decir, a los seis meses de dejar de cohabitar la acción caduca. «En la mayoría de los casos, los exconvivientes no transitan necesariamente por una instancia judicial a los fines de poner punto final a su proyecto de vida en común. Ello conlleva a que los involucrados no tengan asesoramiento letrado y desconozcan posiblemente su derecho de solicitar la compensación económica y, en caso de requerir por necesidades económicas asistencia letrada, probablemente su derecho ya ha caducado».

25. HERRERA, M., «Panorama actualizado y crítico de las uniones convivenciales en el sistema jurídico argentino», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* (directoras A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera, Marisa; coordinadora N. de la Torre), Tomo VI-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, pp. 351 y ss.

Como expresa Alemán: «Pareciera excesivo exigirle a la víctima un análisis económico de su futuro, indagar qué derechos tiene y cuáles no sobre el patrimonio común, cuando han transcurrido seis meses en donde tuvo que resolver todo tipo de cuestiones urgentes»²⁶.

Por ello, la doctrina argentina reclama por una reforma legislativa del artículo 525 del código «que contemple la posibilidad de extender el plazo de caducidad para el caso de las uniones convivenciales, considerando que este comienza a computarse desde el inicio de la separación de las partes sin que ellas hayan accedido a un asesoramiento previo, como sí sucede en el caso del divorcio»²⁷.

En esta línea, en el marco de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2019²⁸, realizadas en la Universidad Nacional del Litoral, la comisión nro. 7 de familia, cuyo eje de trabajo fueron las «Uniones Convivenciales», entre otros aspectos relacionados con el plazo de caducidad de la CE, propuso *de lege ferenda* modificar el artículo 525 del siguiente modo: «La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523 del Código Civil y Comercial de la Nación»²⁹. Obteniendo veintitún votos a favor y solo uno en contra.

Cabe destacar que el Poder Legislativo Nacional se ha hecho eco de estas críticas. Los/as legisladores/as de distintas fuerzas políticas, representadas en diversos bloques, han presentado proyectos de ley para modificar este requisito; destacamos a continuación solo aquellos que, al momento de escribir estas líneas, continúan con estado parlamentario³⁰:

26. ALEMÁN, M. D. C., «Compensación económica y violencia de género», *RDF* 2021-I, 94, TR LALEY AR/DOC/3940/2020.

27. RIOS, J. P. y CARO, A., «El plazo de caducidad de la compensación económica en la unión convivencial», *RDF* 2021-III, 107, Cita: TR LALEY AR/DOC/1054/2021.

28. Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil se realizan en la Argentina desde el año 1927, constituyendo uno de los eventos académicos más importantes del país en el cual se plantean y votan propuestas *de lege data* y *de lege ferenda*. Para más información compulsar el sitio web de las próximas jornadas a desarrollarse en septiembre de 2024 en la Ciudad de Buenos Aires: <https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/institucional/>

29. Conclusiones disponibles en <https://drive.google.com/file/d/1uEhpKB9xxcOaAwscX9u6rrAFdDfMrJur/view>

30. Los proyectos de ley ingresados al Congreso de la Nación que no reciben tratamiento caducan a los dos años de presentados. Los proyectos ingresados en el año parlamentario 2022 caducan el 29/02/2023, los ingresados en el año parlamentario 2023 caducan el 28/02/2025.

- Proyecto 0376-D-2023 (Bloque: Colación Cívica): «La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523»³¹.
- Proyecto 1684-D-2023 (Bloque: Frente de Todos): «La acción para reclamar la compensación económica caduca al año de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523»³².
- Proyecto 2069-S-2023 (Bloque: Unidad Ciudadana): «La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un (1) año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el artículo 523 (...)»³³.
- Proyecto 2487-S-2022 (Bloque: Frente Nacional y Popular): «La acción para reclamar la compensación económica caduca a los dos años de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523»³⁴.

Como se observa de este recorte, existe consenso sobre la necesidad de amplificar el plazo y, con excepción del último de los proyectos citados, el plazo sugerido es de un año a contar desde el cese de la unión cualquiera sea la causal.

Cabe además destacar que de los cuatro proyectos solo uno (0376-D-2023) amplía únicamente el plazo de caducidad para el caso de las uniones convivenciales, los restantes proponen modificar el plazo también para el supuesto de la CE como efecto del divorcio.

4.2. Modo de computar el plazo en contextos de violencia de género

En relación al plazo de caducidad en las uniones convivenciales se ha suscitado otra discusión a partir de ciertos casos que se han planteado en la justicia que podríamos resumir con la siguiente pregunta: ¿cómo incide el cese de la cohabitación por denuncia de violencia de género en el cómputo del plazo de caducidad³⁵?

31. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0376-D-2023.pdf>

32. Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/1684-D-2023.pdf>

33. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2069.23/S/PL>

34. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2487.22/S/PL>

35. Sobre este punto se han pronunciado diversos fallos, entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I, 06/07/2018, «M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/39399/2018; Juzgado de Familia N.º 1, Esquel, Chubut, 24/06/2019, «S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación

Para graficar esta problemática se trae a colación uno de los últimos fallos que se han publicado sobre el tema. Se trata del caso resuelto por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe en fecha 6 de marzo de 2023³⁶. Los antecedentes del caso son los siguientes. Una mujer inicia una acción para reclamar una CE por cese de la convivencia. En primera instancia la jueza rechaza la demanda por caducidad de la acción. Para resolver de este modo, tuvo por acreditado que el cese de la convivencia se produce el 10 de enero de 2018, afirmando que la convivencia se encontraba interrumpida por «voluntad de la actora» (sic), quien en esa fecha había solicitado la exclusión del hogar del demandado y la prohibición de acercamiento por hechos de violencia de género. Agregando que esta denuncia y pedidos de medidas protectorias ante la justicia evidenciaban la voluntad de no continuar la vida en común por parte de la señora. De este modo, concluye que siendo que los términos de caducidad no suspenden ni interrumpen, excepto disposición legal en contrario, la acción iniciada el 30 de noviembre de 2018 se encuentra fuera del plazo legal para accionar.

Contra este decisorio la mujer interpone recurso de apelación y la Cámara, con criterio que se comparte, revoca el decisorio. En primer lugar, de forma elocuente señala: «Nunca el ejercicio de los mecanismos tendientes a hacer efectivo el derecho a vivir una vida libre de violencia puede acarrear como efecto perverso o no deseado la pérdida del derecho de acceso a la Justicia con el objeto de obtener la compensación que reestablezca el equilibrio patrimonial perdido por el cese de la convivencia, como ha convalidado la Jueza de grado con su sentencia». Agregando: «La víctima, al formular la denuncia, nada expresa respecto a su voluntad de proseguir o no la convivencia. Es una medida urgente a través de la cual la víctima ante una situación de violencia y/o agresiones por parte de integrantes del núcleo familiar requiere la intervención judicial a los fines de obtener una protección ante un peligro actual o inminente».

De este modo, concluye que la exclusión del hogar ordenada en enero de 2018 no es susceptible de producir los efectos del cese de la unión convivencial como expresión de voluntad unilateral de la actora de poner fin a ese proyecto de vida en común. Lo que abre otro interrogante, ¿cuándo se produce el cese de la convivencia? Sobre este punto el Tribunal, por aplicación de las cargas dinámicas de la prueba, sostiene que el demandado no logró probar el cese de la convivencia en una fecha anterior a la invocada

económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/55958/2019; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Curuzú Cuatiá, 03/06/2020, «F., M. E. C/M. G. E. S/Compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/44271/2020; CApel, Civ., Com., Lab. y de Min., I Circunscripción, Sala III, Neuquén, 30/09/2020, «A.C/ F.S s/compensación económica», recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/camara-de-apelaciones-en-lo-civil-comercial-laboral-y-de-mineria-de-la-i-circunscripcion-sala-iii-neuquen-30-09-2020-compensacion-economica/> y SCBA, 21/03/2022, «M.L.F. c/ C.M.E. s/ Acción de compensación económica», SAIJ, Cita 6: Id SAIJ: FA22010016.

36. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe, 6/03/2023, «A., M. G. c/ A., C. A. s/ COMPENSACION ECONOMICA», recuperado de <https://www.diariojudicial.com/news-94639-una-compensacion-importante>

y probada en forma indiciaria por la actora, por lo que debe tenerse por operado el cese de la convivencia el día 31 de mayo de 2018.

Una vez admitida la legitimación activa de la señora para reclamar la CE la Cámara se expide también sobre el fondo y, evaluando los presupuestos sustanciales a partir de las pautas fijadas en el artículo 525, afirma que en el caso se presenta «una interseccionalidad caracterizada por la condición de mujer de la actora, sumada a que no solo lleva un largo período fuera del mercado del trabajo, sino que nunca ingresó formalmente debido al inicio de la convivencia a temprana edad», lo que imponen «la compensación económica como un imperativo de justicia a los fines de conferir a la Sra. A. las herramientas indispensables para iniciar un nuevo proyecto de vida», condenando al demandado al pago de la suma de trescientos mil pesos, con más intereses que se liquidarán desde la fecha de la mora y hasta su efectivo pago aplicando la doble tasa activa que establece el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos.

En línea con este precedente y otros que lo anteceden, en el marco de las citadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la comisión nro. 7 de familia también se expidió sobre este conflicto con dos despachos *de lege ferenda*:

- «El cómputo del plazo de caducidad de los seis meses inicia a partir del cese de las medidas protectorias cuando quien la solicita, haya sido víctima de violencia familiar aplicando el criterio de razonabilidad», con doce votos a favor, tres votos en contra y cinco abstenciones.
- «En las uniones convivenciales el alejamiento involuntario de uno de los convivientes ordenado judicialmente no provoca el comienzo del cómputo del plazo de caducidad del derecho a la compensación económica», con diecisiete votos a favor, uno en contra y una abstención.

De las dos propuestas sujetas a votación adhiero a la primera³⁷, no comparto la segunda, doy razones. En el primero de los despachos citados el foco está puesto en la persona víctima de violencia familiar –por motivos de género– y en la necesidad de asegurar su acceso a justicia y que no pierda el derecho de ejercer la acción una vez superado mínimamente el contexto de vulnerabilidad en el que se encuentra y por el que la justicia adoptó medidas protectorias a su favor. Además, la propuesta otorga certezas respecto a la fecha del inicio del cómputo del plazo de caducidad o, en otras palabras, no «borra» el plazo en sí. En sentido contrario, tal como está redactado el segundo despacho puede beneficiar tanto a quien es denunciado por un hecho de violencia de género como a la mujer víctima y, peor aún, no esclarece a partir de qué momento comienza a computarse el plazo de caducidad.

37. La adhesión es parcial porque esta propuesta de reforma sobre cómo computar el plazo debería ser acompañada por la propuesta sobre la ampliación del plazo de seis meses a un año.

El Poder Legislativo Nacional también se ha mostrado receptivo de las críticas y los avances jurisprudenciales sobre el modo de computar el plazo en estos contextos especiales, aunque, cabe advertir, en menor cuantía que lo acontecido respecto al plazo de caducidad *per se*. De los proyectos de ley ya citados solo uno, además de ampliar el plazo de caducidad de seis meses a un año, ha dispuesto un modo específico de contar el plazo de caducidad en estos escenarios³⁸:

- Proyecto 2069-S-2023 (Bloque: Unidad Ciudadana): «La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un (1) año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el artículo 523.

Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez. En los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes, la acción caduca al año de la denuncia de violencia de género.

Se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia».

De este modo, se abarcan diferentes escenarios que se pueden presentar del siguiente modo:

- Si el cese no se produce en un contexto atravesado por violencia de género: el plazo es de un año y se computa a partir de producida cualquiera de las causales de cese previstas en la legislación.
- Si el cese se produce en un contexto de violencia de género: el plazo también es de un año pero se computa de modo diverso: a) si hubo denuncia y el juzgado adoptó medidas protectorias, el plazo de un año comienza a correr cuando vencen las medidas; b) si hubo denuncia pero no se tomaron medidas, el plazo de un año comienza a correr desde la fecha de denuncia y c) en caso de dudas respecto a qué plazo aplicar la llave que cierra el sistema es que siempre debe aplicarse el plazo más favorable a la persona víctima.

Cabe destacar una apreciación crítica esbozada por Molina a esta propuesta, si bien comparte la teleología de la reforma, hace notar una posible dificultad práctica debido a la diversidad de criterios jurisdiccionales respecto a la fijación de plazos al dictar medidas protectorias en favor de la mujer que sufre violencia de género:

«Sin embargo, puede encontrar alguna dificultad en aquellas jurisdicciones (v. gr. Río Negro, Mendoza), donde las medidas de protección dictadas en el marco del

38. El proyecto retoma esta idea de proyectos de ley anteriores que habían perdido estado parlamentario. El Proyecto 1493-D-2019, recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1493-D-2019&tipo=LEY> y el Proyecto 1739-D-2021, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1739-D-2021.pdf>

proceso de violencia familiar o de género no tienen plazo, sino que se sujetan a la condición de cambios de las circunstancias, la que exige tramitar una nueva incidencia para obtener la decisión judicial de cese. En estos casos, habría que esperar ese levantamiento de la medida, lo que muchas veces no ocurre, o sucede muchísimos años después»³⁹.

Frente a la dificultad planteada, en caso de prosperar la reforma legal, el/la juez/a debería resolver el caso reparando en el estado de situación en que se encuentre la mujer al momento de peticionar la fijación de una CE; la alerta sobre el abuso del derecho como herramienta integral del sistema debe estar presente.

Asimismo, no debe pasar desapercibido que la persona denunciada por violencia de género no está obstaculizada para plantear las incidencias que hagan falta con el fin de obtener el cese de las medidas protectorias; partir de la hipótesis implícita de que la justicia «trabaja mal» y niega estos pedidos sin justa causa o demora en resolverlos es al menos polémico, no por la mirada crítica del accionar judicial, sino porque en muchos casos las negativas al cese de las medidas pueden estar justificadas y en los que no, las reformas necesarias de la ley civil no pueden o deben estar supeditadas a la mejora del recurso humano con el que cuenta la justicia, «harina de otro costal» sobre el que también se debe trabajar.

La incorporación de la compensación económica, asentada en el principio de solidaridad familiar, como herramienta parcialmente reparadora del desequilibrio que puede generar la decisión de vivir en pareja y su ruptura, «configura una estrategia legal con pretensión de efectivizar la igualdad real por sobre la formal». No obstante, «el reconocimiento de derechos no es suficiente, pues requiere además que se garantice su efectividad»⁴⁰, más aún cuando el quiebre de la pareja se desarrolla en un contexto de violencia de género; repensar el sistema, proponer reformas legislativas que apunten a generar igualdad sustantiva para grupos estructuralmente desiguales, como el de las mujeres, es el norte hacia al cual caminar.

39. MOLINA, M., *Compensación Económica. Teoría y Práctica*, Segunda Edición Ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, p. 178.

40. PELLEGRINI, M. V., «Compensación económica: caducidad, violencia y perspectiva de género», *La Ley* 13/10/2020, 6, Cita: TR LALEY AR/DOC/3301/2020.

5. RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO REPRODUCTIVO SIN DEMOSTRACIÓN DE EMPEORAMIENTO DE LA SITUACIÓN

La última arista que interesa dejar planteada se relaciona no ya con los requisitos formales para acceder a la CE en el derecho argentino, sino con la regulación de los presupuestos sustanciales a partir del estudio del derecho comparado.

A diferencia de lo que sucede en el derecho español y chileno⁴¹, el Código Civil y Comercial no incluye en su articulado una compensación económica que solo tenga por fin reconocer las tareas reproductivas cumplidas en el marco de la vida en pareja, sin exigir un empeoramiento de la situación económica o la acreditación de un «dejar de hacer» fuera del hogar.

Esta exigencia muchas veces se transforma en un valladar para el acceso a la CE, en especial, en el caso de mujeres que ingresan y egresan de la relación de pareja sin capacitación, desarrollo laboral y/o profesional, es decir, que se han dedicado a las tareas reproductivas, antes, durante y después del proyecto de vida en común.

Como ejemplo de ello podemos citar el siguiente extracto de una sentencia del año 2019⁴² que deniega a la mujer la CE peticionada posquiebre de la unión:

Por consiguiente, era carga de su propio interés (...) demostrar —no solo alegar— que se ha producido un desequilibrio económico manifiesto para afrontar su vida después de la ruptura y que ello se debió a la desigualdad de oportunidades que tuvieron los integrantes de la pareja. Ello, por cuanto lo que en definitiva se busca es compensar el empeoramiento económico sufrido por uno con respecto al otro, y que reconozca su causa en renunciaciones o posergaciones propias en pos de la asistencia o solidaridad familiar; es decir, debió la actora acreditar eficientemente que, merced a un acuerdo con el demandado en la distribución de roles dentro del ámbito familiar —cuidado de la casa y atención de los hijos— durante el lapso de la convivencia se vio posergada en sus aspiraciones o expectativas, ya sean laborales, de formación y/o capacitación y/o desempeño de alguna actividad lucrativa, siendo esas las circunstancias que no fueron acreditadas, conforme le fuera señalado en el fallo. En efecto, respecto de tales concretos extremos no efectúa crítica, sino que se limita a alegar que, a consecuencia de su falta de estudios u oficio, tiene dificultades para insertarse con 45 años en el mercado laboral, mas ahorró demostrar que esas

41. Artículo 61, Ley 19.947, 2004, Chile: «Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa». Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128&idParte=8650975>

42. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, La Pampa, Sala I, 26/06/2019, «C. S. d. C. c. M. O. s/ Compensación Económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/61235/2019.

eventuales falencias tuvieran su cauce en la asignación de roles familiares durante la convivencia y/o que fuera ese el motivo por el cual no puede acceder en la actualidad a un empleo o actividad rentable; tampoco aduce que hubiera intentado buscarlo con resultado infructuoso; (...). Omite la recurrente considerar que la compensación económica exige que se sopesen los tres momentos de la convivencia —antes, durante y después—, con relación a la situación económica de cada parte, ergo, no es factible la propuesta apelante de comparar su holgada situación durante la convivencia y después de ella, sin atender al «antes», cuya única diferencia con el «después» —conforme los términos de la demanda— es que previo al inicio de la convivencia trabajaba en una inmobiliaria.

En la misma línea se inscribe el caso ya citado del Juzgado de Familia de 2ª Nominación, provincia de Córdoba, del 31 de agosto de 2022. Si bien en esta oportunidad se concedió la CE, la falta de prueba robusta que acredite el «dejar de hacer» trajo como consecuencia una merma en su cuantificación (se había solicitado el equivalente a un salario mínimo vital y móvil (SMVM) por la cantidad de años que duró la relación (14) y se termina fijando una CE equivalente al 35% del equivalente de un SMVM⁴³ por 2 años).

Para así resolver expresa: «Es dable preguntarse si esta tradicional forma de asignación de roles viabiliza por sí misma la fijación de una compensación económica». Acto seguido responde: «La respuesta resulta negativa, ya que debe analizarse si ese trabajo realizado por la Sra. V. le impidió desarrollarse o fue en exclusivo beneficio de su cónyuge. O que haya resignado otras tareas personales en pos de este emprendimiento. O que el momento de la ruptura importara un desmejoramiento en su situación personal». Y agrega: «Resulta de consideración el hecho que la Sra. V. dejara una actividad laboral propia (negocio despensa) para aposar a la vida en común. Es decir que efectivamente resignó su continuidad laboral para hacerse cargo de las tareas domésticas. De ello resulta que la separación le ocasionó a B. M. V. una situación de desmejoramiento de la que tenía durante la convivencia. Debió por lo tanto recomponer su situación patrimonial y personal». Sin embargo, al justificar la reducción de la cuantía de la CE peticionada, refiere, entre otras aristas que, «si bien era dueña de una despensa —que dejó de tener luego de comenzar la convivencia—, no acreditó de ninguna manera cuál era el movimiento comercial de la misma, que resultaría de utilidad para una cuantificación de la compensación alimentaria».

Frente a estos escenarios, tomando como pivote las enseñanzas del Código Civil español, en particular lo dispuesto en su artículo 1438⁴⁴, resulta de interés pensar a futuro una

43. A febrero de 2024, el SMVM alcanza en la Argentina a pesos 180.000 (aproximadamente unos 150 euros).

44. Artículo 1438: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

propuesta de reforma legislativa que incluya una figura alternativa a la CE, tal como está definida en los arts. 441, 442, 524 y 525 del CCyC, que podría ir en la siguiente línea.

Incorporar al Código Civil y Comercial un nuevo artículo que establezca: «El trabajo en el hogar otorga derecho a obtener una compensación producido el divorcio o el cese de la unión convivencial.

A falta de acuerdo, el/la juez/a debe determinar la procedencia y el monto de la compensación por tareas reproductivas sobre la base de la dedicación que cada cónyuge/conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con poserioridad al divorcio o cese de la unión».

6. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Como nos enseñara Carlos Nino desde antaño: «Existe un estrecho vínculo entre autonomía personal e independencia económica, o cuanto menos, la posibilidad de control individual de ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal. Porque sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona, ello así pues la capacidad de elegir y materializar planes de vida requiere no solo ciertas condiciones psicológicas y físicas de los individuos, sino también recursos externos que potencien las primeras condiciones y permitan la plasmación de las preferencias de los individuos en el mundo exterior. Es que los recursos económicos son indispensables prácticamente en todos los proyectos vitales»⁴⁵.

Para alcanzar estos recursos, amén del rol fundamental que le cabe al Estado en la política de generación y distribución de riqueza, el derecho como ordenador y pacificador de las relaciones sociales, en este caso familiares, es de suma ayuda.

Por ello, reflexionar sobre los alcances, obstáculos y limitaciones de una de las herramientas del ordenamiento jurídico argentino vigente, la compensación económica, desde una perspectiva comparada, con el objeto de mejorar la vida de las personas, facilitar el acceso a justicia y alcanzar la igualdad sustantiva para todas las personas como horizonte⁴⁶ han sido el norte de estas líneas en un camino siempre en construcción y de tránsito necesariamente colectivo.

45. NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 363.

46. BAREIRO, L., «Lo constitutivo y más sustantivo de cada forma de democracia», *Revista sobre democracias paritarias*, La Paz, Bolivia. Septiembre 2019, 23-29.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- MOLINA, M., *Compensación Económica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2018.
- MOLINA, M., *Compensación Económica. Teoría y Práctica*, Segunda Edición Ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023.
- NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- PELLEGRINI, M. V., *Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en el ordenamiento jurídico*, Erreius, Buenos Aires, Argentina, 2017.

Capítulos en obras colectivas

- DE LA TORRE, N., «Autonomía de la voluntad y compensación económica: convenio regulador y pactos de convivencia», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 38 de la RJUAM (coordinadora A. Rodríguez Guitián), España, 2018, pp. 73-98.
- HERRERA, M., «Panorama actualizado y crítico de las uniones convivenciales en el sistema jurídico argentino», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* (directoras A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera, coordinadora N. de la Torre), Tomo VI-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, pp. 351 y ss.
- MOLINA, M. y PELLEGRINI, M. V., «Debates actuales respecto de la compensación económica», *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial* (directoras A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera; coordinadora N. de la Torre), Tomo VI-A, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2023, pp. 525 y ss.
- ROBBA, M. y LERUSSI, R., «Una dogmática feminista de la Compensación Económica», *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Civil, Derecho de las familias, Niñez, Salud* (directoras M. Herrera, N. de la Torre y S. E. Fernández), Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2021, pp. 343-363.

Artículos

- ALEMÁN, M. D. C., «Compensación económica y violencia de género», *RDF 2021-I*, 94, TR LALEY AR/DOC/3940/2020.
- BAREIRO, L., «Lo constitutivo y más sustantivo de cada forma de democracia», *Revista sobre democracias paritarias*, La Paz, Bolivia, Septiembre 2019, 23-29.
- BORGARELLO, M. P., «Nuevas perspectivas del control de constitucionalidad de oficio», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina p.

263, recuperado a partir de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/11433>.

CHECHILE, A. M. y LOPES, C., «La compensación económica ante la finalización del proyecto de vida en común. Superación de la desigualdad estructural originada en los estereotipos de género», *LA LEY* 27/09/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2745/2021.

IMAS, G. E., «Compensación económica e impedimento de ligamen en las uniones convivenciales», *Rubinzal Online*, 877/2022.

MOLINA, M., «El plazo para el reclamo de la compensación económica», *Rubinzal Online*, 351/2023.

MOLINA, M., «Violencia económica, perspectiva de género y compensación por divorcio o cese de la unión convivencial», *RDF* 110, 67, TR LALEY AR/DOC/1216/2023.

PELLEGRINI, M. V., «Compensación económica: caducidad, violencia y perspectiva de género», *LA LEY* 13/10/2020, 6, Cita: TR LALEY AR/DOC/3301/2020.

PELLEGRINI, M. V., «Cuantificación y modalidad de pago de la compensación económica: ¿intereses?», *LA LEY* 28/04/2021, 5, TR LALEY AR/DOC/1183/2021.

PELLEGRINI, M. V., «Enriquecimiento sin causa o compensación económica. Impacto de la perspectiva de género en el ámbito probatorio», *RDF* 2022-III, 183, TR LALEY AR/DOC/1336/2022.

RÍOS, J. P. y CARO, A., «El plazo de caducidad de la compensación económica en la unión convivencial», *RDF* 2021-III, 107, Cita: TR LALEY AR/DOC/1054/2021.

ROBBA, M. y LERUSSI, R., «Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídica feminista», *Ius et Praxis*, vol. 24 N.º 2 Talca dic. 2018, recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200595

VENINI, G. y VENINI, A., «Divorcio, compensación económica y caducidad: el tiempo y los derechos», *DFyP* 2021 (diciembre), 66, TR LALEY AR/DOC/3013/2021.

Jurisprudencia

Juzgado Civil y Comercial N.º 1, Oberá, Misiones, 10/08/2017, «Expte. N.º 11570/2016 BIS 1/16 D. S. R. C. c/Sucesores de P. H. N. s/Incidente», inédito.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 4, 26/02/2018, «B., D. M. c. O., C. P. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 CCCN», *La Ley Online*, Cita: AR/JUR/37171/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 17/04/2018, «V. L., M. F. c. B., G. M. s/ acción compensación económica», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/23936/2018.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I, 06/07/2018, «M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/39399/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 20/09/2018, «V. M. M. c/ M., G. E. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA -ARTS. 441 Y 442 CCCN», inédito.

Juzgado de Familia N.º 1, Esquel, Chubut, 24/06/2019, «S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/55958/2019.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, La Pampa, Sala I, 26/06/2019, «C. S. d. C. c. C. M. O. s/ Compensación Económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/61235/2019.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Curuzú Cuatiá, 03/06/2020, «F., M. E. C/M. G. E. S/Compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/44271/2020.

CApel, Civ., Com., Lab. y de Min., I Circunscripción, Sala III, Neuquén, 30/09/2020, «A.C/ F.S s/compensación económica», recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/camara-de-apelaciones-en-lo-civil-comercial-laboral-y-de-mineria-de-la-i-circunscripcion-sala-iii-neuquen-30-09-2020-compensacion-economica/>

SCBA, 21/03/2022, «M.L.F. c/ C.M.E. s/ Acción de compensación económica», SAII, Cita 6: Id SAII: FA22010016.

Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela, Santa Fe, 6/03/2023, «A., M. G. c/ A., C. A. s/ COMPENSACION ECONOMICA», recuperado de <https://www.diariojudicial.com/news-94639-una-compensacion-importante>

Juzgado de 1ra. instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, 29/03/2023, «P. A. M. c. T. S. R. s/ Compensación económica», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/173646/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Ciudad de Buenos Aires, 10/05/2023, «D., M. L. D. L. A. c. A., R. I. s/FIJACION DE COMPENSACION ECONOMICA - ARTS. 441 Y 442 CCCN», *La Ley Online*, Cita: TR LALEY AR/JUR/56847/2023.

Legislación

Ley Nro. 26.994, 2014, Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>

Código Civil, Español, Texto Consolidado, última actualización publicada 1/03/2023, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Ley Nro. 19.947, 2004, Chile, artículo 61, recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128yidParte=8650975>

Otros

Conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Litoral, 2019, recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1uEhpKB9xxc0aAwscX9u6rrAFdDfMrJur/view>

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf, p. 577.

Proyecto de Ley Nro. 1493-D-2019, Argentina, recuperado de <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1493-D-2019ytipo=LEY>

Proyecto de Ley Nro. 1739-D-2021, Argentina, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1739-D-2021.pdf>

Proyecto de Ley Nro. 2487/2022, Argentina, recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2487.22/S/PL>

Proyecto de Ley Nro. 2069/2023, Argentina, recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2069.23/S/PL>

Proyecto de Ley Nro. 1684-D-2023, Argentina, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/1684-D-2023.pdf>

Proyecto de Ley Nro. 0376-D-2023, Argentina, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0376-D-2023.pdf>

Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados e ingresado en el Trámite Parlamentario Nro. 207 del 27/12/2023, Expediente Diputados: 0025-PE-2023, Argentina, recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf>

**INCIDENCIA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD
EN SENTIDO POSITIVO
EN OTROS ÁMBITOS**

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN LOS ÁMBITOS RELACIONADOS CON LA SALUD*¹

ANDREA MACÍA MORILLO

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)
Orcid: 0000-0002-4005-1422

RESUMEN

Este trabajo examina si el principio de solidaridad familiar está presente en el ámbito del derecho biomédico. En concreto, se trata de determinar si las normas que regulan aspectos de la salud de la persona tienen como fundamento ese principio cuando mencionan a los familiares o personas vinculadas de hecho con el paciente o enfermo. Esto puede tener una utilidad práctica de cara a interpretar qué sujetos en concreto quedan englobados dentro de esas fórmulas o expresiones genéricas.

PALABRAS CLAVE

Solidaridad familiar, consentimiento informado, trasplantes, ensayos clínicos, reproducción asistida.

* Fecha de recepción: 26-03-2024. Fecha de aceptación: 09-04-2024.

1. Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros» (PID2019-104226GB-I00).

THE PRINCIPLE OF FAMILY SOLIDARITY IN HEALTH-RELATED AREAS

ABSTRACT

This paper examines whether the principle of family solidarity is present in the field of biomedical law. Specifically, it is about determining whether the laws that regulate aspects of a person's health are based on this principle when they mention family members or people linked to the patient or sick person. This can be of practical use in interpreting which specific subjects are included within these formulas or generic expressions.

KEYWORDS

Family solidarity, informed consent, transplants, clinical trials, assisted reproduction.

SUMARIO

1. Introducción	354
2. La mención de familiares, parientes o allegados en el ámbito de la salud	358
2.1. Las normas en las que se contiene una mención a esos sujetos.....	358
2.1.1. Enumeración	358
2.1.2. La primacía general de la autonomía del paciente y del derecho a la intimidad sobre el principio de solidaridad familiar en el ámbito de la salud	362
2.2. ¿Son todas las que están?.....	367
2.3. Y ¿están todas las que son?	369
2.4. El representante del paciente o enfermo.....	375
3. El sujeto de las referencias normativas y el fundamento que late tras las diversas menciones legales.....	380
4. La utilidad del principio de solidaridad familiar en el contexto de la normativa en el ámbito de la salud	385
4.1. El principio de solidaridad familiar como criterio interpretativo en el marco del derecho a la información asistencial	386
4.2. El papel interpretador del principio de solidaridad en otras normas del ámbito de la salud	394
4.2.1. Las normas que incluyen la mención a familiares, parientes o allegados en apoyo del paciente o enfermo	395
4.2.2. Las normas que toman en consideración el interés de sujetos diferentes al paciente desde la perspectiva del principio de solidaridad familiar	398
5. Conclusiones.....	401
Bibliografía.....	402

1. INTRODUCCIÓN

El principio de solidaridad familiar suele tener sus muestras o manifestaciones principales, como no puede ser de otra forma, en el marco del derecho de familia, como base o fundamento que inspira o justifica determinados derechos y deberes de los miembros de una familia entre sí, por razón, precisamente, de esa red de mutuo apoyo y sostén que crean los lazos familiares, sean estos biológicos, legales o –cada vez de forma más creciente– de afectividad. Fuera del derecho civil, se manifiesta también de forma típica en otros ámbitos, tales como el Derecho tributario.

Muchas de sus manifestaciones, no obstante, se desenvuelven en un contexto patrimonial, referidas, por ejemplo, al sustento económico (alimentos), a la contribución de las cargas familiares (en el contexto del matrimonio) o a la obligada transmisión de bienes entre los miembros de la familia (legítimas). Esto lleva a que –muy frecuentemente– se tienda a identificar y a hablar de este principio solo en el marco de los deberes de sustento y socorro económicos entre los miembros de la familia. Tal ha sido, de hecho, la perspectiva clásica desde la que se ha abordado este principio.

Sin embargo, la solidaridad familiar tiene igualmente una segunda faceta, también presente en algunos preceptos de nuestro ordenamiento, en los que este principio se manifiesta en un plano más espiritual, desde la perspectiva del apoyo, cuidado o compañía que precisan los miembros de la familia y las personas vinculadas por lazos de hecho o afectivos, y a los que están obligados entre sí por razón de la solidaridad entre ellos. Así, por ejemplo, en el contexto de los deberes paternofiliales, los progenitores no solo tienen el deber de alimentar a los hijos, sino también de velar por ellos y de tenerlos en su compañía (art. 154 CC); y estos, por su parte, tienen el deber de obedecer a sus padres mientras estén bajo su potestad y «respetarlos siempre» (art. 155 CC). Esa misma idea del respeto –a la que se añade el socorro y la ayuda²– se manifiesta entre los cónyuges, conforme a los artículos 67 y 68 CC, junto a otros deberes sin contenido patrimonial que se predicán igualmente entre ellos.

Esta segunda faceta de la solidaridad familiar, referida por tanto al recíproco cuidado espiritual o moral entre los miembros de la familia (entendida esta en su concepto amplio actual), parece innegable, al menos, en sociedades como la nuestra, donde cultural e históricamente la familia cumple un claro papel de sustento y de red de apoyo espiritual de sus miembros, que permea en la regulación de sus relaciones³. El cuidado,

2. Una nítida distinción entre las obligaciones que conllevan ambos deberes en términos de cuidado entre los cónyuges, en PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro conyugal, y la ética del cuidado», *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coordinadora Abad Tejerina), Madrid, 2021, pp. 372-373.

3. En este sentido, quizá, pueden entenderse las crípticas palabras de CASTRO BEIRÁS, A., «Información clínica», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*,

como valor que debe inspirar en general toda interacción humana⁴, se concreta y juridifica entre los sujetos vinculados por lazos de proximidad o afectivos, y se convierte en recíprocos derechos y obligaciones entre ellos que trascienden al sustento económico⁵.

En esa segunda faceta es donde se enmarca este trabajo, que pretende analizar si el principio de solidaridad familiar, como valor superior del ordenamiento jurídico, tiene también un campo de juego fuera del Derecho de Familia y de la regulación directa de los derechos y deberes económicos entre los distintos sujetos ligados por el parentesco, manifestándose también, en concreto, en el ámbito de la salud (el llamado Derecho Biomédico o Bioderecho). A fin de cuentas, las situaciones en las que se encuentra una persona en relación con su salud (y, sobre todo, en relación con la enfermedad), son situaciones de vulnerabilidad⁶, que apelan a una necesidad de cuidado y apoyo entre los miembros del grupo familiar, entendidos estos en el sentido amplio actual.

Por tanto, centrar en este ámbito el foco de la investigación no es una elección al azar, sino guiada por la hipótesis de que –al menos *a priori*– parece un campo potencial de manifestación del principio aquí analizado. De hecho, como veremos a lo largo de estas páginas, la familia y las personas relacionadas entre sí por vínculos biológicos, de parentesco o afectivos aparecen mencionadas frecuentemente en diversas normas propias del ámbito de la salud, donde son puestas en conexión con el paciente o enfermo, como sustitutos, apoyos o beneficiarios de este.

No es frecuente, sin embargo, que se plantee la cuestión del porqué de tal mención; es decir, por qué se hace referencia a estos sujetos en un contexto tan íntimo y personal como es el de la salud y la integridad física, o por qué las normas que los contemplan se remiten a estas personas en concreto y no a otras que puedan estar relacionadas con el paciente por otros vínculos o que, sin tener relación alguna, puedan prestarle mayor o mejor consejo, complemento o apoyo (por ejemplo, como profesionales de la salud). De hecho, no es una cuestión sobre la que suelen pronunciarse los tribunales –no hay jurisprudencia al respecto– y es patente el silencio entre la doctrina al respecto.

Así, por ejemplo, aunque hay muchos trabajos sobre el derecho a la información sanitaria, donde –como veremos– el artículo 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica

vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, p. 205, cuando afirma que, en nuestro país, un elemento que interviene en la información clínica proporcionada al enfermo es la familia.

4. Ver al respecto PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro...», cit., p. 373.

5. Como señala PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro...», cit., p. 374, respecto de los familiares y parientes, la relación afectiva se eleva a jurídica por el ordenamiento y el cuidado se constituye como parte de esa relación jurídica: cuidado como trabajo. Según el autor (p. 375), la ética del cuidado se centra básicamente en este tipo de cuidado-solicitud, «que es propio del círculo interno del individuo y que pone el acento en atender a las necesidades de cada persona en concreto».

6. En este sentido, PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho civil*, 2020, vol. VII-1, p. 7.

reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBRAP) hace mención de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, ninguno de sus autores se pregunta por qué se incluyó concretamente a estos sujetos en ese contexto, o por qué precisamente a esos y no a otros⁷. Es más, allí donde se encuentra alguna mínima referencia a la cuestión, se hace de pasada y sin justificación o desarrollo suficiente⁸. Aparentemente, se da por supuesto que esas personas deban estar mencionadas en este contexto, sin cuestionamiento alguno al respecto, cuando la realidad comparada muestra que la inclusión de tales sujetos en el ámbito de la información al paciente no es en absoluto universal⁹. Y lo mismo ocurre con el resto de las normas en las que aparecen mencionados familiares o allegados del enfermo o paciente.

Este trabajo pretende llenar ese vacío doctrinal, analizando cuál es la razón que se encuentra detrás de esas menciones y si pueden estar justificadas o no por el principio de solidaridad familiar. Como veremos, una respuesta afirmativa no solo sirve para satisfacer una curiosidad meramente dogmática, sino que puede servir para entender mejor la estructura de las normas y proporcionar criterios para su interpretación, lo que sin duda resulta de gran interés práctico para los profesionales médicos encargados de aplicar a diario los preceptos que aquí se van a analizar.

Para ello, se va a comenzar por identificar cuáles son las normas en las que se menciona a los parientes, familiares o allegados del enfermo o paciente, a fin de determinar si es un fenómeno aislado o generalizado en el ámbito de la salud o del derecho biomédico. Posteriormente, se analizará si existe alguna unidad o uniformidad entre tales menciones que permita descubrir detrás de ellas un propósito o fundamentación común que apunte

7. Muestra paradigmática de ello es DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, 2007, pp. 233-258, 344-345 y 374-378, cuyo comentario de la Ley 41/2002 es referente en la materia y que, sin embargo, no se plantea estas preguntas en ningún momento. Aunque en el comentario citado se afirma que los supuestos en que la información puede suministrarse a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho fue una de las mayores preocupaciones a lo largo del *iter* parlamentario de la norma (pp. 234-235), queda patente que la preocupación del legislador se centraba en dónde incluirlos, no en si se les incluía o a quiénes se incluía.

8. Así, por ejemplo, cuando OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», *Cuadernos de Bioética*, 2006, XVII, pp. 30-31, plantea la comparación entre la mayoría de los países (donde solo se informa al paciente o a quien el paciente indique) y los países latinos (donde se contempla también a los familiares), sin extraer de ello conclusiones o consecuencias.

9. Por ejemplo, en el artículo 1111-2 del *Code de la santé publique* francés, equivalente a nuestro artículo 5 LBRAP, no hay mención a los familiares o allegados al paciente. Comentando el precepto, los autores afirman que el médico no tiene obligación de información respecto de tales sujetos (véase MARKUS, J. P., CRISTOL, D. y PEIGNÉ, J., *Dalloz-Code de la santé publique*, París, 2016, p. 29).

hacia el principio de solidaridad familiar aquí analizado. Por último, se estudiará tal fundamentación, con el objetivo de comprobar cuál es su importancia real en este campo desde la perspectiva práctica de la interpretación de las normas.

2. LA MENCIÓN DE FAMILIARES, PARIENTES O ALLEGADOS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

2.1. Las normas en las que se contiene una mención a esos sujetos

2.1.1. Enumeración

Si se observa el conjunto de las normas que regulan el ámbito de la salud de las personas en sus distintas facetas, puede comprobarse que varias de ellas contienen alguna mención a sujetos vinculados con el paciente o el enfermo por lazos de parentesco, relaciones de hecho o afectivas. Ya solo limitando nuestro estudio al ámbito estatal – pues un examen de la variabilidad de esta materia en el contexto autonómico extendería el análisis de forma excesiva¹⁰– y, preferentemente, al rango legal, pueden mencionarse las siguientes, como muestras más destacadas en el ámbito del Derecho Biomédico:

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBRAP). La mención aparece en dos contextos diversos pero relacionados: la información asistencial (art. 5)¹¹ y el consentimiento informado (art. 9)¹².

10. Existe, de hecho, un destacable desarrollo normativo autonómico, si bien se enmarca en las bases sentadas por la normativa estatal, sobre la competencia reconocida en el artículo 149.1.16ª CE (que atribuye al Estado las bases y coordinación general de la sanidad). Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la Ley 41/2002, donde han proliferado las normas autonómicas, aunque el carácter de la norma estatal como básica (SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *InDret*, 2004, N.º 2, pp. 3-4) lleva a que las regulaciones autonómicas deban insertarse en ese marco; una referencia a estas regulaciones autonómicas se encuentra, por ejemplo, en XIOL RÍOS, A., «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, N.º 14, pp. 25-26. De hecho, según este autor, la regulación autonómica es análoga en esencia a la estatal (p. 51).

11. «Artículo 5: Titular del derecho a la información asistencial

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas *las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho*, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. (...)

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de *las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a *las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho*. [El énfasis es nuestro.]

12. «Artículo 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación (...)

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: (...)

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA). Esta norma hace una referencia a estos otros sujetos vinculados con el paciente en el ámbito del diagnóstico genético preimplantacional, para ampliar la posible selección embrionaria con fines de histocompatibilidad entre el embrión y un tercero (art. 12.2)¹³. Se trata del diagnóstico genético preimplantacional extensivo, comúnmente denominado del «bebé salvador» o «bebé medicamento».
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (en adelante, LIB). Junto a una mención en el contexto del derecho del paciente a no ser informado sobre los datos genéticos y de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica (art. 4.5)¹⁴, hay referencias a los familiares en el contexto de los análisis genéticos y tratamiento de datos genéticos de carácter personal (arts. 47.5º, 48.2 y 49.2)¹⁵ y en el de la utilización de muestras biológicas humanas

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». [El énfasis es nuestro.]

13. «Artículo 12. Diagnóstico genético preimplantacional: (...)

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso». [El énfasis es nuestro.]

14. «Toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.

Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.» [El énfasis es nuestro.]

15. «Artículo 47. Información previa a la realización de análisis genéticos con fines de investigación en el ámbito sanitario

con fines de investigación biomédica (arts. 58.4 y 59.1.j)¹⁶. La norma alude también a estos sujetos en relación con la posible práctica de investigaciones sobre personas incapaces de consentir debido a su situación clínica (art. 21.3)¹⁷.

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, antes de que el sujeto preste el consentimiento en los términos previstos en el artículo 48, deberá recibir la siguiente información por escrito: (...)

5.º Advertencia de la implicación que puede tener *para sus familiares* la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos. (...)

Artículo 48. Consentimiento: (...)

2. En el ámbito sanitario se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese *prohibido* expresamente en vida y así se acredite. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido.

El acceso de *los familiares biológicos* a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos. (...)

Artículo 49. Derecho a la información y derecho a no ser informado: (...)

2. Cuando el sujeto fuente haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un análisis genético solo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus *familiares biológicos*, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades». [El énfasis es nuestro.]

16. «Artículo 58. Obtención de muestras: (...)

4. Cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o *su familia* lo necesiten podrán hacer uso de las muestras, siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas.

Artículo 59. Información previa a la utilización de la muestra biológica.

1. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, y en particular, en el artículo 45 de esta Ley, antes de emitir el consentimiento para la utilización de una muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el sujeto fuente recibirá la siguiente información por escrito: (...)

j) Advertencia de la implicación de la información que se pudiera obtener *para sus familiares* y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos». [El énfasis es nuestro.]

17. «Artículo 21. Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica: (...)

3. A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de *las personas que convivieran con aquél*». [El énfasis es nuestro.]

- Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (en adelante, RD 1090/2015)¹⁸. De una forma algo confusa, se alude en tres momentos diferentes a sujetos vinculados al participante en un ensayo clínico: para la revocación del consentimiento (art. 4.5)¹⁹, para la prestación del consentimiento por parte de personas con la capacidad modificada (art. 6.3)²⁰ o en situaciones de urgencia (art. 7.2)²¹.
- Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LRE). En el contexto del procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de ayuda a morir, se contempla la comunicación de la decisión del enfermo a los familiares o allegados que señale el paciente solicitante (art. 8.2)²².

18. Téngase en cuenta que, en este caso, se toma como referencia el desarrollo reglamentario de la materia, en la medida en que la normativa de rango legal (arts. 58 a 62 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) no entra a ese nivel de detalle.

19. «Artículo 4. Consentimiento informado: (...)

5. La persona participante en un ensayo clínico, por sí misma o con la asistencia de su representante legalmente designado, o de *la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho*, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para la persona participante responsabilidad ni perjuicio alguno». [El énfasis es nuestro.]

20. «Artículo 6. Ensayos clínicos con personas con la capacidad modificada para dar su consentimiento: (...)

3. Será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo del representante legal de la persona participante en un ensayo clínico o el consentimiento de *la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho*, según proceda. En todo caso, el investigador se asegurará razonablemente de que no existen instrucciones previas de la persona expresadas al respecto antes de presentar una modificación de su capacidad, teniendo estas que ser respetadas. Esta eventualidad y la forma de proceder deben hallarse previstas en la documentación del ensayo aprobada por el CEIm». [El énfasis es nuestro.]

21. «Artículo 7. Ensayos clínicos en situaciones de urgencia: (...)

2. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a *las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*». [El énfasis es nuestro.]

22. «2. Transcurridas veinticuatro horas tras la finalización del proceso deliberativo al que se refiere el apartado anterior, el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud de prestación de ayuda para morir. En el caso de que el paciente manifestara su deseo de continuar con el procedimiento, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a *los familiares o allegados* que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado». [El énfasis es nuestro.]

Si se observan esas referencias en su conjunto, una primera valoración que se puede extraer es la de que no son muchas: apenas llegan a quince artículos aislados en el ingente conjunto de preceptos que regulan cuestiones relacionadas con la salud o la integridad física de las personas.

Esto podría resultar sorprendente, si se contempla este aspecto de la vida de las personas exclusivamente desde la perspectiva ya apuntada de que se trata de un ámbito en el que potencialmente se plantean situaciones de vulnerabilidad que requieren de cuidado, apoyo y compañía; es decir, de necesidad de solidaridad desde su concepto más espiritual. Ahora bien, si se tiene en cuenta, como se ha indicado, que el principio de solidaridad tradicionalmente parece haberse concebido más bien desde una perspectiva económica –centrado principalmente en el sustento material entre los parientes–, la sorpresa es ya sin duda menor. Las normas sobre la salud e integridad física de las personas no entran generalmente en el Derecho Patrimonial y, por ello, no se apoyan o fundamentan principalmente en este principio, ni lo tienen presente o como referente en todo momento.

2.1.2. La primacía general de la autonomía del paciente y del derecho a la intimidad sobre el principio de solidaridad familiar en el ámbito de la salud

A lo anterior se une el hecho de que el referente en este ámbito normativo es generalmente el paciente o enfermo y sus derechos. Tratándose de normas que regulan distintos aspectos de la salud, la vida o la integridad física de las personas (como pacientes, como enfermos, como sujetos fuente...), su foco de interés se sitúa en el titular de esos derechos; este es el protagonista de las normas y su destinatario.

Este papel se encuentra actualmente consolidado a través del reconocimiento y puesta en valor de la dignidad de la persona como principio fundamental de nuestro ordenamiento. Superado ya desde hace tiempo el modelo médico paternalista, en el que el paciente o el enfermo quedaba sometido al criterio experto –mejor criterio– del profesional sanitario, en la actualidad la relación entre médico y paciente está presidida por el principio de autonomía, en el que la toma de decisiones es el eje de cualquier intervención en el ámbito de la salud²³.

Desde esta perspectiva, por tanto, en los procedimientos sanitarios o actos médicos es absolutamente secundaria la intervención o llamada a sujetos distintos al paciente. Consiguientemente, se puede afirmar que no son sus intereses los que en general se están tomando en cuenta y que, por ello, su mención en estas normas es esporádica, secundaria y, generalmente, meramente complementaria del papel central del paciente o enfermo. Como consecuencia de esto, correlativamente, los principios o intereses que

23. Para una perspectiva del cambio de modelo, ver CASTRO BEIRAS, A., «Información clínica», cit., pp. 203-204 o GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Valladolid, 2004, pp. 39-45.

se toman en cuenta y que fundamentalmente se protegen o desarrollan a través de estas normativas del ámbito del Derecho Biomédico son los del paciente.

Consiguientemente, el principio de solidaridad familiar, aunque puede estar detrás y ser el fundamento de gran parte de las menciones a los parientes o allegados del paciente contenidas en las normas enumeradas, no es un principio fuerte en este campo. Ello resulta patente, de hecho, en los casos en los que entra en conflicto con otros principios o derechos de paciente; fundamentalmente, con su derecho a la intimidad²⁴.

Muestra de ello es la regulación que contiene la Ley de Investigación Biomédica, sobre información derivada de análisis genéticos. En ese contexto, resulta claro el interés que pueden tener los familiares del paciente a conocer los resultados de un examen genético²⁵. Sin embargo, el artículo 47.5° LIB (sobre información previa a la realización de análisis genéticos con fines de investigación en el ámbito sanitario) establece que el sujeto fuente debe recibir información por escrito que contenga «advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos». Queda, por tanto, remitida al juicio del paciente la transmisión o no de la información a los familiares biológicos, pese al potencial interés que estos puedan tener sobre esos datos, en la medida en que también puedan afectar o proporcionar un conocimiento sobre sus genes²⁶. Los profesionales sanitarios, por tanto, ni están legitimados ni – consiguientemente – obligados a proporcionar tal información, puesto que priman los derechos del paciente²⁷.

24. NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión y diagnóstico genético», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, p. 317, añaden el derecho a la autodeterminación informativa, que ciertamente está presente en algunos contextos del Derecho Biomédico, aunque no en todos.

25. Como pone de relieve ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, p. 351, el sujeto de la información genética no es, desde un punto de vista biológico, un individuo, sino toda la familia biológica a la que pertenece. En igual sentido, EMALDI CIRIÓN, A., «El consejo genético en el ámbito de la reproducción humana», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, p. 300.

26. ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 352, insta, no obstante, a que se insista al interesado en la importancia que pueden tener estos datos para los familiares. En este sentido, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión...», cit., p. 320, se refieren a la labor didáctica que ejerce el profesional.

27. Igualmente, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, 2005, pp. 271-274;

Al margen de que esta facultad del paciente se pueda llegar a transformar en carga –o, incluso, deber– en atención precisamente al principio de solidaridad familiar²⁸, lo cierto es que, tal como está regulado ese derecho a la información en la norma, se da una clara prioridad a la intimidad del paciente frente al principio de solidaridad familiar –que entraría aquí en juego en su perspectiva de los deberes entre los miembros de la familia, por razones de solidaridad²⁹–, lo que se corresponde con la idea de que la información relativa a la salud pertenece al núcleo más profundo de la esfera íntima del ser humano³⁰.

Ahora bien, la ponderación entre los intereses en juego –de los familiares, por un lado, respaldados por el principio de solidaridad, y del sujeto fuente, por otro, respaldado por el derecho a la intimidad– se inclina hacia el lado contrario en dos hipótesis que se contemplan por el legislador en el mismo contexto. La primera, tras la muerte del sujeto fuente, donde, conforme al artículo 48.2.II LIB, «el acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquellos». La segunda, en el contexto del derecho a no ser informado sobre datos genéticos (art. 49.2 LIB), contempla que «cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades».

Como se puede apreciar, parece primar en ambos casos el principio de solidaridad familiar, permitiendo la extensión de la información genética a los parientes biológicos,

EMALDI CIRIÓN, A., «El consejo genético...», cit., p. 299 y NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión...», cit., pp. 319-320. Estos últimos, no obstante, consideran que sí se puede proceder a la comunicación de esos datos en caso de daño grave para la salud del familiar (p. 321), lo que también parece admitir EMALDI CIRIÓN (p. 301).

28. Alude en este sentido EMALDI CIRIÓN, A., «El consejo genético...», cit., pp. 300-301, a que se trataría de un acto de solidaridad de gran valor. Pese a ello, la autora considera que la decisión se debe mantener dentro de la esfera de cada individuo, aunque apunta hacia la existencia de responsabilidad civil allí donde la ley establece deberes entre los parientes (en concreto, padres respecto de los hijos). Del mismo modo, ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 324, menciona la idea de que puede considerarse insolidaria para con los familiares o descendientes futuros la conducta de quien no se somete a análisis genéticos, pero utiliza el término en su sentido común y rechaza tal calificación.

29. Mencionando también la idea de los deberes, ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 351.

30. ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 306. Sobre esta idea, el autor afirma igualmente la prioridad del derecho a la intimidad en este contexto (pp. 353 y 355).

para cuya salud puede resultar beneficiosa³¹. En todo caso, debe destacarse que el derecho a la intimidad del paciente cede aquí solo de forma limitada; en otras palabras, cede únicamente en la medida en que se puede ver afectada la salud de los familiares biológicos e, incluso (en el art. 49.2 LIB), solo si tal afectación es «grave»³². Por tanto, parece claro que, para otras afecciones genéticas no graves o que no tengan que ver con la salud, prima la intimidad del paciente sobre el interés de sus parientes (y la solidaridad familiar)³³.

Retomando la línea argumental, la primacía del derecho a la intimidad sobre el principio de solidaridad familiar no es algo que solo se aprecie en materia de análisis genéticos –aunque en ese campo se pueda mostrar de manera más clara–, sino que en realidad se manifiesta igualmente en todo lo relativo al derecho de información asistencial. Como veremos más adelante, la regla fundamental en esa materia es que el paciente es titular del derecho a la información y que, por tanto, es quien puede recibirla y exigirla, primando su autonomía y su derecho a la intimidad (art. 7 LBRAP). Es más, en la regulación general de este derecho (art. 5 LBRAP) no se contempla una recomendación equivalente a la del artículo 47.5° LIB respecto de que comunique a otros sujetos la información que les pueda resultar relevante.

Es cierto que, fuera del ámbito genético, no es tan frecuente que terceras personas puedan verse directamente afectadas por la situación del enfermo; pero ello no significa que no pueda producirse tal supuesto. En concreto, desde hace tiempo los autores plantean la posible existencia de deberes de información frente a terceros cuando el paciente padezca algún tipo de enfermedad infectocontagiosa (v. gr., enfermedades de transmisión sexual), donde puede ser relevante la comunicación de tal información a otras personas cuya salud o hábitos de vida se pueden ver afectados³⁴.

31. Esta conclusión, sin embargo, no es compartida por NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Investigación con muestras biológicas y biobancos», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 671-672, que interpreta que el supuesto de hecho contemplado en el artículo 49.2 LIB es el de un proceso de consejo genético familiar. Para la autora, por tanto, no hay aquí una verdadera limitación del principio de intimidad del sujeto. Frente a ello, debe ponerse de relieve que la norma citada no especifica tal restricción, y que esa interpretación alternativa resuelve de manera insatisfactoria el conflicto de intereses que se plantea en los supuestos de hecho regulados por los artículos mencionados.

32. NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Investigación con muestras...», cit., p. 671, sugiere en estos casos la intervención del Comité de Ética Asistencial del centro, si lo hubiera, y condiciona la información a factores tales como la penetrancia de la variante, relevancia y utilidad clínica de la información (p. 672).

33. Alude al respecto, en concreto, EMALDI CIRIÓN, A., «El consejo genético...», cit., p. 301, por ejemplo, a información sobre cuestiones de paternidad.

34. ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 308.

Desde el punto de vista legislativo, el reconocimiento a esta problemática se contiene en el artículo 9.1 LBRAP («La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso»)³⁵. En su análisis, no obstante, no se suele aludir de forma expresa al principio de solidaridad familiar como factor que pueda tomarse en cuenta para establecer esas excepciones al derecho a la intimidad del paciente; más bien, la discusión suele estar centrada en torno al derecho a la intimidad del paciente y sus posibles excepciones (la existencia de una colisión de derechos y la ponderación del derecho prevalente)³⁶, o se plantea desde la perspectiva de la justificación en tales casos de un comportamiento del profesional sanitario que revele información que forma parte de su deber de secreto profesional³⁷.

Esa desconsideración del principio aquí analizado puede deberse, no obstante, a que la problemática que suscita el artículo 9.1 LBRAP puede afectar a cualquier tipo de tercero y no necesariamente a familiares o personas vinculadas de hecho o por lazos afectivos con el paciente. Ahora bien, por razón de la proximidad y de la frecuente convivencia, es más que probable que precisamente tales parientes o allegados sean unos de los principales potenciales afectados por las enfermedades o circunstancias que afectan al paciente y que, consiguientemente, el referente de los «terceros» cuyo interés considera la norma sea muy habitualmente el de estas personas³⁸. En tales casos, aunque hay quien considera que precisamente es frente a los sujetos más cercanos frente a los que el paciente quiere hacer valer su intimidad y confidencialidad³⁹, no nos cabe duda de que la excepción al derecho del paciente a no conocer queda reforzada

35. Según XIOL RÍOS, J.A., «El consentimiento informado», cit., p. 28, estos límites constituyen un estado de necesidad terapéutico inverso, pues se faculta al médico para informar por concurrir circunstancias relativas a la salud de terceros que el legislador estima dignas de mayor tutela frente al derecho a la renuncia a la información por parte del paciente.

36. Así, por ejemplo, en PARDO GARCÍA, J.B., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, p. 302 o ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., pp. 353-354.

37. Como señala ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., pp. 349-350, debe recordarse que el médico tiene un deber de confidencialidad, respaldado jurídicamente con sanciones penales para el caso de incumplimiento (arts. 197 a 199 CP), a lo que ha de añadirse la posible responsabilidad civil.

38. Por ejemplo, SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., p. 17, menciona aquí como ejemplo el del paciente que tiene una enfermedad contagiosa, siendo tercero interesado el cónyuge.

39. ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 317.

por el principio de solidaridad familiar, resultando necesario que se traslade a estos sujetos el contenido de la información que declara no querer conocer el paciente⁴⁰.

2.2. ¿Son todas las que están?

El hecho de que el foco de atención de las normas aquí examinadas sea el paciente es importante también a la hora de valorar la razón que se encuentra detrás de la mención de sus parientes, allegados y personas en general vinculadas a él, ya que, en ocasiones, la mención se limita a tomar en cuenta la voluntad de este. No puede considerarse, por tanto, que toda referencia normativa a esos sujetos traiga causa y se justifique en el principio de solidaridad familiar; en otras palabras, no todas las menciones que «están» incluidas en estas normas «son» debidas a este principio. De hecho, algunas de las normas que contemplan a tales personas en el ámbito del Derecho Biomédico se justifican más bien en el principio ya enunciado del paciente o enfermo como titular de derechos fuertemente afectados en el ámbito sanitario, sujeto que, en uso de su autonomía, determina cuál es el ejercicio y protección que realmente precisa para tales derechos.

Un ejemplo claro se encuentra en el ya mencionado artículo 5.1 LABRAP, en relación con el derecho a la información asistencial. Conforme a este precepto, la titularidad de ese derecho reside en el paciente, pero se puede comunicar también esa información a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. Tal extensión se hace depender de la propia voluntad del paciente, que así lo permite de manera expresa o tácita⁴¹.

Desde el punto de vista jurídico y de la lógica del precepto, la *ratio* que late tras la mención de estos sujetos no tiene que ver en absoluto con la solidaridad familiar, sino con la autodeterminación del paciente, titular del derecho a la información. El interés que se está contemplando aquí por el legislador es el del enfermo, no el de sus familiares o personas vinculadas con él legalmente o de hecho. La entidad del contenido de la información a la que se refiere el artículo 5 LABRAP determina, por tanto, que no se pueda entender que esos otros sujetos enumerados en el precepto sean titulares del derecho a la información asistencial; son meros destinatarios de la información⁴².

40. En esta línea, DE LORENZO Y MONTERO, R. y SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento informado», *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000, p. 77, contemplan de pasada la posibilidad de que pueda existir una obligación de informar en caso de enfermedades transmisibles.

41. Igualmente, CAMPO IZQUIERDO, A.L., «El consentimiento informado», *Actualidad Civil*, 2012, La Ley 6098/2012, p. 8 o ADÁN DOMÉNECH, F., «Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado», *Actualidad civil*, 2018, N.º 9, La Ley 11309/2018, p. 7.

42. La doctrina es prácticamente unánime al señalar que solo el paciente es el titular de este derecho, que tiene carácter personalísimo. Ejemplos de ello son ADÁN DOMÉNECH, F., «Responsabilidad sanitaria...», cit., p. 7 o FRAGA MANDIÁN, A. y LLAMAS MENDIÁN, M., *El consentimiento informado. El consentimiento informado del paciente en la actividad médico-quirúrgica*, Pontevedra, 1999, p. 35. Aparentemente en contra, GUERRERO ZAPLANA, J., *El*

Pero no se trata solo de esto, sino de algo más: la razón por la que tales sujetos entran aquí en la esfera de la información que recibe el paciente sobre su salud o sobre los actos médicos practicados no reside en la contemplación por el legislador de una posible necesidad del enfermo de apoyo, compañía o auxilio en ese contexto –que sería lo que introduciría el principio de solidaridad familiar en la regulación examinada–, sino en la propia voluntad del titular del derecho, que consiente esta extensión de forma expresa o tácita. Por ello, en el fondo, ha de interpretarse que lo que hace la norma es positivizar una renuncia de derechos del paciente: el derecho a la intimidad y a la protección de datos. No hay que olvidar a este respecto que el contenido de la información asistencial se relaciona con materias propias y personales –personalísimas– del paciente, lo que pertenece a su esfera íntima y personal, en la que solo él puede decidir quién entra y, consiguientemente, a quién se da traslado de la información sobre su estado físico o mental⁴³. Consiguientemente, la condición de estos sujetos como posibles receptores de información en ese contexto se condiciona y depende inexcusablemente del consentimiento del titular, que es el paciente⁴⁴.

Al mismo tiempo, el hecho de que en este caso la extensión de la información se justifique y traiga causa del consentimiento del paciente –y no del principio de solidaridad familiar– es importante a la hora de interpretar quiénes son, en concreto, las personas a las que puede informar el profesional sanitario sin faltar a su deber de confidencialidad. En concreto, la mención a las personas vinculadas «por razones familiares o de hecho» debe interpretarse de manera amplia, permitiendo incluir en ella a todo sujeto al que el paciente permita conocer la información sobre su salud. Dado que es el paciente quien decide qué personas pueden ser conocedoras de sus datos más íntimos, no se puede imponer aquí ningún tipo de límite de parentesco o en relación con la mayor o menor proximidad en la vinculación familiar, y debe entenderse como vinculada «de hecho» cualquier persona que autorice el paciente y que carezca de vínculo familiar con él (amigos, compañeros, profesionales médicos...)⁴⁵. Esto es relevante en la medida en

consentimiento informado..., cit., pp. 80 y 105, si bien indica que el paciente actúa respecto de ellos «como filtro».

43. En este sentido, entre otros, SEOANE PRADO, J., «Información clínica», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, pp. 237 y 238.

44. Igualmente, DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid, 2003, p. 43 y OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria...», cit., p. 31.

45. La dificultad en este punto se centrará en la interpretación de los comportamientos tácitos. Ver al respecto ELIZARI URTASUN, L., «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad»,

que, como se verá posteriormente, en los casos en los que la fundamentación de la mención legal reside en el principio de solidaridad, consideramos que tal principio debe condicionar y limitar el espectro de personas que puedan considerarse incluidas dentro de ese círculo genérico de familiares, allegados o personas vinculadas al paciente de hecho o de derecho. Aquí, en cambio, en tanto que es el paciente quien decide, no hay más límite que su voluntad.

Lo mismo ocurre con el artículo 8.2 LRE, donde es la propia norma la que expresa que su fundamento reside en la voluntad y autodeterminación del paciente, al referirse a los familiares o allegados «que señale» quien ha solicitado la prestación de ayuda para morir. Al igual que en el caso anterior, por tanto, la interpretación de los referentes de esta fórmula legal ha de ser tan amplia como haya querido el enfermo, pues es este el que fija aquí el límite a su derecho a la intimidad.

2.3. Y ¿están todas las que son?

A pesar de que, claramente, el principio de solidaridad familiar no se manifiesta como un principio fuerte o predominante en el ámbito sanitario, y a pesar de que, en su conjunto, son escasas las menciones a parientes, familiares o personas vinculadas de hecho o de derecho al paciente, no se aprecian importantes lagunas en este contexto. En este sentido, probablemente se podría afirmar, sin temor a equivocarse, que allí donde pudiera existir una necesidad de apoyo o complemento del paciente –y entrar en juego el principio aquí estudiado–, está contemplada la referencia a personas de su entorno familiar o de hecho. En otras palabras, no se echa en falta este tipo de remisiones en el conjunto de las normas más importantes del Derecho Biomédico: «están» todas las que «son».

Lo que sí es cierto, no obstante, es que esta referencia no siempre es clara o expresa y que, en ocasiones, para encontrar a estos sujetos ha de examinarse cuidadosamente la cuestión o acudirse incluso a una interpretación sistemática para poder llegar a la conclusión de que las normas del ámbito de la salud contemplan a las personas cercanas al paciente o enfermo, allí donde es procedente. Esto ocurre, por ejemplo, en materia de trasplantes, campo en el que, *a priori*, puede entenderse que la solidaridad familiar podría tener un papel importante (por vía de la donación de órganos y tejidos humanos) y en el que, sin embargo, es notable la falta de mención expresa a familiares y parientes, más allá de referencias aisladas y sin entidad sustantiva.

La regulación de esta materia está conformada actualmente por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (en adelante, LETO), desarrollada extensamente a nivel reglamentario por el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos

Derecho Privado y Constitución, 2016, N.º 30, pp. 363-364, que plantea este problema en relación con personas con discapacidad.

de calidad y seguridad (en adelante, RD 1723/2012). En ambos casos, la normativa establece una distinción básica entre la obtención de órganos para el trasplante procedentes de donante vivo o de fallecidos.

En este segundo caso –extracción de órganos de persona fallecida–, ni la norma de rango legal ni su desarrollo reglamentario otorgan a los parientes o allegados del fallecido la decisión sobre su condición de donante. Su papel se limita, a lo sumo, a proporcionar información –como posibles conocedores de la voluntad del fallecido– en relación con la voluntad de este respecto de la donación de sus órganos (art. 9.1.b.1.º RD 1723/2012) o en relación con las características del donante que deben conocerse para una correcta caracterización de los órganos obtenidos y sus donantes (art. 21.3.b RD 1723/2012)⁴⁶.

Tal silencio, sin duda, se debe en una parte importante a la ya citada prevalencia que tiene la voluntad del individuo en el campo de la salud y de las decisiones sobre la propia intimidad, vida e integridad física, por encima de otros posibles derechos o intereses que puedan manifestar otros sujetos en el mismo contexto⁴⁷. Concretamente, ha de entenderse que el silencio de la normativa sobre trasplantes respecto de un papel decisorio de los parientes trata de respetar la voluntad del difunto sobre su condición de donante de órganos, no la de sus familiares, que ni tienen un derecho de propiedad sobre el cadáver ni, por razones humanitarias, es aconsejable someterlos a la carga emocional adicional de tener que decidir sobre si el fallecido pasa a ser o no donante⁴⁸.

La omisión de los parientes, familiares o personas vinculadas de hecho o de derecho con el fallecido se extiende, sin embargo, más allá: eliminando igualmente su potencial protagonismo como posibles receptores de los órganos del difunto. Podría imaginarse, no obstante, un sistema en el que, desde un punto de vista teórico, se diese preferencia a los familiares del fallecido como receptores o que, incluso, permitiese que el causante

46. Pese a ello, ROMEO CASABONA, C.M., «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 45-46 y URRUELA MORA, A., «Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 337-338 y 343, ponen de relieve que, en la práctica, tal consulta se ha transformado en una solicitud formal de consentimiento a los parientes del fallecido, lo que les induce a pensar que tienen un auténtico derecho a decidir que la ley no contempla.

47. No pueden prevalecer aquí, por tanto, los intereses de los familiares sobre los del difunto; ver ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 221-222 y ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, p. 346.

48. Tales son las razones que aduce ROMEO CASABONA, C.M., «Los principios jurídicos aplicables...», cit., pp. 22, 34 y 39-40 y «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 344, para justificar la falta de mención a los parientes en la Ley de trasplantes española.

podiera destinar por testamento determinados órganos a parientes o allegados, sobre el fundamento del principio de solidaridad familiar. Aunque el parentesco no garantiza la histocompatibilidad entre los familiares biológicos, sí incrementa la probabilidad, en comparación con la que existe en general entre sujetos no relacionados genéticamente⁴⁹. En esta línea, un sistema como el aquí sugerido no solo podría suponer el mayor respeto posible a la voluntad de una persona sobre su cuerpo, sino que al mismo tiempo respondería al principio de solidaridad familiar, ya que probablemente no hay mayor muestra de solidaridad –en sentido no económico– que la que permite a un miembro de la familia salvar la vida de otro.

Sin embargo, nuestro legislador no ha optado por ese sistema hipotético o alternativo aquí enunciado, sino que ha preferido guiar el proceso de asignación de los receptores de órganos sobre otros principios. En concreto, como indica el artículo 13 RD 1723/2012, sobre criterios clínicos, de calidad, eficiencia, seguridad y equidad⁵⁰.

Aunque es cierto que esta opción legal relega y desconsidera otros principios tales como el aquí analizado –lo que pudiera parecer chocante–, probablemente se trata de una medida razonable. En concreto, es una medida que, entre otras razones, trata de evitar sacrificios personales mortales que se pretendan realizar, precisamente, en aras de la solidaridad entre parientes o entre personas vinculadas con fuertes lazos afectivos. A fin de cuentas, nuestra normativa solo permite donar en vida los órganos compatibles con la vida (art. 8 RD 1723/2012)⁵¹, y, si se permitiera una posible determinación del fallecido respecto de quien vaya a ser receptor de sus órganos tras la muerte, no sería descartable que alguna persona decidiera acabar con su vida como vía para que un ser querido pudiera recibir el órgano que no podía donarle en vida. Por tanto, la omisión de este principio en el contexto de la extracción y trasplante de órganos de personas fallecidas puede estar justificada.

En el caso, en cambio, de los órganos de donante vivo, la cuestión es más compleja. En este contexto, debe partirse de la idea de que este tipo de donación se contempla siempre como un recurso subsidiario⁵², al que solo se puede recurrir si concurren unos requisitos concretos, regulados de forma muy exigente en nuestra normativa (art. 4 LETO). Entre estos no se encuentra, sin embargo, ni se menciona de forma expresa –a diferencia de la regulación de otros países–, el parentesco o vínculo afectivo o de hecho

49. Sobre la relación entre histocompatibilidad y parentesco y preferencia de los parientes del sujeto fuente, ver ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., pp. 182-183.

50. Ver al respecto, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., pp. 139-155, centrado principalmente en el criterio de la equidad y, más en general, ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 347.

51. Por tanto, según ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 338, debe tratarse de órganos pares, tejidos regenerables o, en caso de órganos impares, solo secciones o partes que no comprometen la vida del donante.

52. ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 339.

entre donante y receptor. Es más, no solo no se menciona, sino que incluso parece excluirse, en atención al tenor literal del artículo 4.d LETO, que exige: «Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada (...) garantizándose el anonimato del receptor». Y es que tal anonimato es prácticamente imposible de garantizar en una donación entre parientes o personas vinculadas por lazos afectivos o de hecho⁵³.

Ahora bien, más allá de que una interpretación literal de este artículo supone desconsiderar por completo el principio de solidaridad familiar en aras de no se sabe bien qué⁵⁴, lo cierto es que, además, si esta previsión se interpretara y aplicara literalmente, provocaría la práctica desaparición del trasplante de órganos procedente de donante vivo, pues es llevar demasiado lejos el altruismo pretender que se vaya a donar en vida a un sujeto desconocido. Quien decide desprenderse de una parte de su cuerpo, en un procedimiento que tiene una incidencia directa en su integridad física y que genera un claro riesgo para su salud –como mínimo, el de la intervención quirúrgica–, suele hacerlo motivado por el afán de mejorar las condiciones de vida y la salud de una persona con la que le unen lazos de parentesco o afecto⁵⁵. Por mucho que detrás de la donación de órganos se sitúa un principio de solidaridad humana –no solo, por tanto, «familiar»⁵⁶–, exigir donar en vida «a ciegas» no es, probablemente, un escenario muy realista.

De hecho, tal limitación no se ha tenido realmente nunca en cuenta⁵⁷, e, incluso, se ha llegado a contemplar normativamente la opción contraria en ámbitos concretos, en los que expresamente se permitía la donación en vida entre personas vinculadas genéticamente. En concreto, el artículo 7.2 del RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, contemplaba

53. Apuntan a esta idea ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., p. 170 y ROMEO CASABONA, C.M., «Los principios jurídicos aplicables...», cit., p. 58.

54. Una posible razón, aunque no suficientemente convincente, podría encontrarse en la duda que subyace siempre sobre la espontaneidad y verdadera libertad del donante en el contexto de las donaciones entre parientes y la presión moral a la que se ve sometido. Ver al respecto, por ejemplo, ROMEO CASABONA, C.M., «Los principios jurídicos aplicables...», cit., p. 57 y «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 339 o ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., p. 153.

55. Una crítica, igualmente, en LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p. 380.

56. Ver al respecto, por ejemplo, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., p. 154 o CASABONA MARTÍNEZ, I., GÓMEZ MARINERO, P. y DE LA CONCEPCIÓN IBÁÑEZ, M., «El coordinador de trasplantes», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, p. 305.

57. Como ponía de relieve ya en 1988 LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico...*, cit., p. 380, en la práctica, este requisito no estaba constituyendo un obstáculo para la realización de trasplante entre personas unidas por vínculos de sangre.

históricamente la donación por menores de edad, respecto de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea, «exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores». Aunque esa norma carece ya de vigencia y la regulación actual de ese supuesto de hecho no se restringe a las personas «relacionadas genéticamente»⁵⁸, nos sirve de ejemplo para demostrar que la donación en vida entre personas vinculadas entre sí se ha admitido anteriormente de forma expresa en nuestro ordenamiento, incluso en el contexto de los menores de edad, respecto de los que ese tipo de intervención está muy restringida⁵⁹.

Nuestro legislador, de hecho, no ha pretendido llegar a ese resultado absurdo apuntado, como muestra una interpretación sistemática del contexto normativo, a la que ya aludíamos anteriormente. En concreto, si se contempla lo dispuesto por el artículo 5.2 RD 1723/2012 (que desarrolla el anonimato entre donante y receptor al que se refiere el artículo 4 LETO), se puede apreciar que se ha incluido expresamente una excepción al mismo, precisamente en consideración de la posible existencia de vínculos de parentesco o afinidad entre ambos sujetos⁶⁰.

Quizá por ello los autores que analizan el tema no plantean discusión alguna al respecto (no es, pues, una cuestión polémica), tendiéndose incluso de forma implícita a una interpretación amplia de la excepción al anonimato para «personas relacionadas genéticamente, por parentesco o amistad íntima»⁶¹. Pese al silencio y la aparente contrariedad de la regulación legal de la donación entre personas vivas, no cabe duda

58. El artículo 7.1 del actual Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, dispone que: «No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacidad legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal». [El énfasis es nuestro.]

59. Ver ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «Los tejidos y los bancos de tejidos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 248-272.

60. «Artículo 5. Confidencialidad y protección de datos personales: (...)

2. Ni los donantes ni sus familiares podrán conocer la identidad del receptor o la de sus familiares y viceversa. Se evitará cualquier difusión de información que pueda relacionar directamente la obtención y el ulterior trasplante. Esta limitación no es aplicable a los directamente interesados en el trasplante de órganos de donante vivo entre *personas relacionadas genéticamente, por parentesco o por amistad íntima*». [El énfasis es nuestro.]

61. Muestra de ello, por ejemplo, es que ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., pp. 339-340, plantea incluso los trasplantes cruzados, donde la confidencialidad

de que puede jugar el principio de solidaridad familiar en este ámbito y que pueden producirse donaciones entre personas vinculadas por lazos familiares o afectivos⁶². Aunque se debe llegar a este resultado a través de una interpretación sistemática del ordenamiento, la conclusión es clara e indubitada.

No siendo esta por tanto una cuestión discutida, ha de señalarse además que el debate y la polémica en esta materia se centra precisamente en la cuestión contraria: si se debe exigir parentesco biológico entre donante y donatario en la donación de paciente vivo. Tal es, como se apuntaba, la tendencia en gran parte de los países de nuestro entorno⁶³, aunque con resultados no siempre satisfactorios⁶⁴. Téngase en cuenta, no obstante, que la exigencia de parentesco biológico en algunos ordenamientos no tiene como trasfondo el principio de la solidaridad familiar, sino evitar situaciones espurias en las que la motivación de la donación sea interesada⁶⁵. Es decir, que, si se exige el parentesco para permitir la donación por paciente vivo en esos ordenamientos, no es sobre la consideración de los lazos de apoyo y la existencia de deberes entre los miembros de la familia o los convivientes, sino como un intento de evitar la celebración de negocios

queda aún más en entredicho, pese a lo que el autor no pone como obstáculo a estas operaciones cruzadas la normativa española sobre trasplantes.

62. La aplicación en este caso del principio de solidaridad familiar se contempla de hecho de forma indirecta por ROMEO CASABONA, «Los principios jurídicos aplicables...», cit., p. 22 y «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 339, cuando señala que se trata de donaciones «movidas por un auténtico sentimiento de solidaridad, altruismo y afecto espontáneos entre donante y receptor (esposos, parejas de hecho)».

63. ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., pp. 184-187.

64. Por ejemplo, el artículo 22 de la Ley 22447 de Argentina, que regula la donación de órganos, tejidos y células de origen humano, establece que solo se permite la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años, quien puede autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado o su cónyuge o una persona con quien mantiene una unión convivencial. Tal norma, sin embargo, resulta controvertida, como muestra la Sentencia del Juzgado CC., Min., Suc. Y Fam. N° 9 San Antonio Oeste. Río Negro de 2 de octubre de 2023 (Rubinzal Online: RC J 4320/23), en la que se discutía sobre una petición de donación entre personas no vinculadas familiarmente entre sí, ni por vínculo de unión convivencial. La sentencia declara que la realidad actual permite que se pueda inaplicar la limitación contenida por el precepto legal, como excesivamente limitante, sobre la idea de que las relaciones familiares deben moverse más allá de los vínculos de parentesco y alcanzar al ámbito de la afectividad: la socioafectividad.

65. Muestra de ello es el caso Abidal, que desde hace unos años ocupa a los medios de comunicación. El futbolista del F.C. Barcelona recibió en 2012 un trasplante de hígado de un supuesto familiar suyo. Ante la sospecha de que no existía tal parentesco y de que, realmente, la intervención se había desarrollado en el contexto de un acuerdo comercial ilícito, se llevó a cabo una investigación judicial que, a día de hoy, se encuentra cerrada por falta de indicios suficientes (<https://elpais.com/espana/catalunya/2024-01-29/la-jueza-concluye-que-ni-eric-abidal-ni-el-barca-pagaron-por-el-trasplante-de-higado-del-jugador-y-archiva-el-caso.html#>, consultado el 24.03.2024).

jurídicos onerosos que tengan por objeto la disposición sobre órganos o partes del cuerpo.

Consideramos, sin embargo, junto con ROMEO CASABONA, que ya existen otros mecanismos que permiten evitar esas situaciones indeseadas⁶⁶, y que no es necesario introducir ese límite en nuestra regulación. Por nuestra parte, nos basta con sentar aquí la idea de que sí está contemplada en el ordenamiento la donación en vida de órganos entre parientes y de que, detrás de su licitud, se puede encontrar el principio de solidaridad familiar, lo que será relevante a los efectos que veremos posteriormente.

2.4. El representante del paciente o enfermo

La lista anteriormente enunciada de disposiciones legales que incluyen menciones a familiares o parientes del enfermo podría ser más amplia si se incluyeran también las normas en las que se hace remisión al representante del paciente o del enfermo. De hecho, en el ámbito de la salud es relativamente frecuente que se mencione a este sujeto en tres contextos diversos en los que acompaña o –más frecuentemente– sustituye al paciente:

- En primer lugar, en materia de información médica, donde se contempla específicamente la información que se ha de proporcionar a personas con discapacidad (art. 5.2 LBRAP) o, de forma general, a pacientes que dispongan de un representante: en el ámbito de investigaciones que implican procedimientos invasivos (art. 25.4 LIB), información genética (arts. 49.2 y 51.2 LIB) o información en el contexto de un ensayo clínico (arts. 3.1.g y 7.3 RD 1090/2015).
- En segundo lugar, en relación con la prestación del consentimiento en supuestos en los que el paciente no puede prestarlo por sí mismo. Junto a la regulación general contenida en el artículo 9.3.a LBRAP, también se contempla este supuesto en los artículos 3 y 21.3 LIB, en el contexto de la investigación biomédica.
- Finalmente, en materia de prestación del consentimiento en el contexto de actuaciones sobre quienes no pueden prestarlo por sí mismos de forma estable o permanente, lo que parece justificar una remisión al representante legal. En concreto, esta materia se contempla de forma general para los menores de edad en el artículo 9.3.c LBRAP, acompañada de regulaciones específicas para estos mismos sujetos en materia de obtención y uso de muestras para fines de investigación (art. 58.5.d y 70.2 LIB), así como, más recientemente, de interrupción voluntaria del embarazo en menores de 16 años (arts. 13.c y 13.1bis Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

En otras ocasiones, la remisión al representante legal se contempla de forma genérica o con mención concreta de las personas incapacitadas o con la capacidad de obrar

66. «Trasplantes de órganos y tejidos», cit., p. 339. Igualmente, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., p. 181, quien critica esa opción legislativa (pp. 187-188).

modificada. Tal es el caso del consentimiento en general para formar parte de una investigación biomédica siempre que no existan otras alternativas (art. 4.2 LIB), para investigaciones que implican procedimientos invasivos (art. 13.1 y 20.d LIB), donación de embriones o fetos (art. 29 LIB), realización de análisis genéticos y obtención de muestras (art. 45.d LIB), consentimiento a un trasplante (art. 6.c LETO) o participación en ensayos clínicos (art. 60.4 Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y arts. 4 a 6 RD 1090/2015).

La razón por la que no se han incluido directamente estas referencias dentro del listado anterior de las normas en las que se menciona a los familiares, parientes o allegados del paciente radica en el hecho de que, como es sabido, la función de representación no necesariamente es ejercida por una persona vinculada al paciente por parentesco o afectividad, lo que excluye que pueda plantearse respecto de tales personas la aplicación del principio de solidaridad familiar. Conforme al artículo 212 CC, los menores –que pueden quedar sometidos a tutela–, pueden tener designada como tutora a una persona jurídica sin ánimo de lucro; esta misma previsión se contemplaba en el antiguo artículo 242 CC y se recoge actualmente en el artículo 275.1.II CC para el nombramiento de curador de las personas con discapacidad⁶⁷. En uno y otro caso, el resultado es que la persona que actúa como representante o apoyo del menor o discapacitado queda alejada del ámbito familiar, por mucho que quisiera extenderse este.

Es cierto que, en las normas generales relativas a la representación de los menores o en las relativas a la curatela –y, en general, a todo el sistema de apoyos de las personas con discapacidad–, hay una fuerte incidencia del principio de solidaridad familiar (v. gr., en la identificación general de los padres como representantes de los hijos, en la figura del guardador de hecho, o en el orden de designación de la persona que ocupe el cargo, respectivamente, de tutor o curador). Sin embargo, es complicado identificar la presencia de este mismo principio en la decisión del legislador de remitirse al representante del menor o de la persona con discapacidad en el contexto de su salud, pues ese representante no tiene por qué ser familiar del representado.

Más bien, parece que la razón de la remisión al representante en los casos objeto del presente estudio radica en la aplicación ordinaria del régimen general establecido en nuestro ordenamiento para personas necesitadas de protección o apoyo. Ese régimen se traslada a todos los ámbitos en los que deban actuar o puedan ejercitar sus derechos tales sujetos, lo que naturalmente incluye el ámbito de la salud. Siendo la representación

67. Añádase a esto la hipótesis de que el representante sea la persona designada por el paciente como interlocutor con el médico o equipo sanitario, como prevé el artículo 11.1 LBRAP. Aunque gran parte de las normas indicadas acotan la referencia al «representante», entendiéndose por tal el «representante legal», no todas ellas incluyen tal puntualización y algunas, incluso, aluden expresamente al representante designado en el documento de instrucciones previas (v. gr., art. 12.a.4º LRE). En esos casos, la persona escogida puede ser cualquiera, forme o no parte de la familia legal o afectiva del paciente o enfermo.

el régimen general conforme al que se organiza la actuación de estas personas en el tráfico, la ley considera, por tanto, que los representantes son también los más indicados para decidir lo que será mejor para el representado cuando este ocupa la posición de paciente⁶⁸.

Con todo, esta presunción de la ley a favor de los representantes en el contexto de la salud es discutida y discutible, ya que su intervención no es siempre realmente necesaria ni necesariamente deseable. Así, por lo que respecta a los menores de edad, la intervención de los representantes se debe coordinar con la propia capacidad intelectual y emocional del menor para comprender la trascendencia de las actuaciones relativas a su salud o integridad física, como titulares que son de estos derechos, capaces de ejercitarlos por sí mismos según sus condiciones de madurez (art. 162.1º CC). Por lo que respecta a las personas con discapacidad, además, debe tenerse en cuenta que debe revisarse y modificarse la extensión del régimen de representación para las actuaciones de estos sujetos en el ámbito de la salud. De hecho, tras la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal remisión al representante debería desaparecer, en la medida en que el espíritu de la reforma, consagrado con claridad en el artículo 249 CC, implica un cambio en el régimen de protección de las personas con discapacidad, que pasan a tener reconocida capacidad de actuar por sí mismas, auxiliadas, en su caso, por el sistema de apoyos que precisen, que solo excepcionalmente contempla un sometimiento a curatela representativa (art. 268 CC).

No se puede descartar, consiguientemente, que una propuesta de regulación *de lege ferenda* o que la previsible reforma que se vaya a acometer en un futuro en la línea señalada cambie el referente de las normas que se han enunciado aquí y que se sustituya al «representante» por otro sujeto. No es este, sin embargo, el lugar en el que se deba analizar cuál tenga que ser ese sujeto o cómo acometer tal reforma; pero sí se pueden apuntar algunas cuestiones que se deberían tener en cuenta al respecto y que sí enlazan con el objeto aquí analizado⁶⁹.

En concreto, en la tesitura planteada, el legislador debería reflexionar cuál es el criterio por el que se introduce a sujetos diferentes en el ámbito de la salud del paciente. En la medida en que esa mención pueda ir justificada por la existencia de deberes de apoyo, compañía o sustento espiritual del enfermo, quizá se debería hacer jugar el principio de solidaridad de forma directa y cambiar la referencia del representante por los sujetos

68. En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., p. 22.

69. Una buena panorámica de las reformas que se deberían emprender en esta línea puede encontrarse, por ejemplo, en GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos de ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 2021, N.º 39, pp. 213-247, así como en VIVAS TESÓN, I., «Consentimiento informado (II)», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 115-138.

vinculados por tal principio. Cuando, en cambio, el complemento al paciente no se relacione con su situación de vulnerabilidad o de necesidad de apoyo espiritual, sino con el régimen general de actuación en el tráfico de menores o personas con discapacidad, podrá tener más sentido remitir a sus representantes legales (para los menores) y a sus medidas de apoyo (para los discapacitados).

Esto es importante, en tanto que la regulación actual no siempre muestra una coherencia o sistema en la elección del sujeto al que se hace mención, en la alternativa que se plantea entre el representante, por un lado, y los familiares, allegados o parientes, por otro. Una lectura rápida, por ejemplo, de la Ley de Investigación Biomédica puede llevar a plantearse cuál es el criterio que se encuentra detrás de las diversas menciones a personas vinculadas al paciente en unas ocasiones (v. gr., art. 48 LIB), representantes, en otras (v. gr., art. 25.4 o 45.d LIB), o ambos (v. gr., arts. 4.5 o 21.3 LIB). Tal es la variabilidad presente en el panorama normativo que, en ocasiones, la elección podría llegar a parecer aleatoria o no del todo consciente de que no se trata de sujetos fungibles entre sí, pues no siempre hay un criterio aparente que justifique la mención de unos u otros.

De hecho, esa cierta confusión en cuanto al sujeto que acompaña al paciente se encuentra en algunas de las normas inicialmente enumeradas, cuya redacción suscita la duda de cuál es el supuesto concreto en el que está pensando el legislador. Así, por ejemplo, cuando el artículo 9.3.a LBRAP (en el marco de la prestación de consentimiento informado por representación) se refiere a que «si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho», esto no resulta coherente con que en los dos apartados siguientes (b y c) se desarrolle la situación de los incapacitados legalmente y los menores de edad, lo que suscita entonces la pregunta de en qué situaciones podría tener representante legal el sujeto al que se refiere el apartado a)⁷⁰. Igualmente, cuando el artículo 4.5 RD 1090/2015 establece que «la persona participante en un ensayo clínico, por sí misma o con la asistencia de su representante legalmente designado, o de la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento», suscita la duda de cuál es el paciente en que está pensando y al que se refiere como necesitado de asistencia de persona vinculada por razones familiares o de hecho⁷¹.

70. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 253 y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado...», cit., p. 227, interpretan que el precepto se refiere a las personas que, hasta la reforma de la Ley 8/2021, se conocían como «incapaces naturales». No obstante, esto deja sin solución al caso de las personas transitoriamente imposibilitadas para prestar consentimiento.

71. Es importante destacar aquí, además, que el precepto citado varía los términos de la norma de rango legal que desarrolla. En concreto, el artículo 60.4.1 *in fine* del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establece que: «El sujeto participante en un ensayo

Añádase a esto finalmente, como muestra clara del desorden aparente en la materia, el hecho de que diversas normas mencionen distintos sujetos como referentes para situaciones similares. En concreto, puede compararse la solución por la que opta el artículo 9.2 LBRAP en materia de consentimiento informado en situaciones de urgencia (donde se introduce a las personas vinculadas al paciente o sus familiares como referentes de consulta del médico), la del artículo 21.3 LIB (donde parece mezclarse la urgencia con las situaciones en las que el paciente no esté en condiciones de otorgar su consentimiento y se contempla la posible autorización por el representante del paciente o, en su defecto, las personas que convivan con él) y la del artículo 7.4 RD 1090/2015 (donde se refiere a los «representantes legalmente designados» como posibles autorizantes de un ensayo clínico en situaciones de urgencia). La divergencia entre los supuestos de hecho regulados por cada una de estas normas no es suficiente para justificar una distinta solución en cuanto al sujeto que interviene en el proceso como alternativa al paciente.

Por todo ello, en el momento en que el legislador decida acometer la reforma de las normas de Derecho Biomédico exigida por la adaptación a los principios introducidos en nuestro ordenamiento por la Ley 8/2021, sería conveniente que se revisaran todas las menciones a los representantes que hasta ahora se contienen en las diversas regulaciones. Y esto no solo con el objetivo de cambiar la terminología y sustituir «representante» por las distintas medidas de apoyo actualmente previstas para las personas con discapacidad, sino, más allá, para tratar de ofrecer el mismo tipo de soluciones al mismo tipo de problemas. Lo que aquí se propone, en este segundo sentido, es que dichas soluciones se adopten en función de que el fundamento que lata detrás de tales menciones sea el principio de solidaridad familiar o la aplicación al ámbito de la salud del régimen jurídico al que están sometidos menores y personas con discapacidad.

clínico o su representante podrá revocar, en todo momento, su consentimiento sin expresión de causa». Por tanto, la norma reglamentaria no solo amplía el sujeto al que debe remitirse el apoyo que regula la norma, sino que priva además al representante de la facultad de revocación que le reconoce la norma de rango legal, relegándolo a un simple apoyo para el representado.

3. EL SUJETO DE LAS REFERENCIAS NORMATIVAS Y EL FUNDAMENTO QUE LATE TRAS LAS DIVERSAS MENCIONES LEGALES

Lo apuntado en el apartado anterior respecto de la aparente falta de sistema en este contexto se puede extender en realidad en su conjunto a las distintas menciones normativas a los parientes, familiares o personas vinculadas al paciente o enfermo por vínculos de hecho o de derecho. El legislador en el ámbito de la salud no maneja una terminología unificada para remitirse al conjunto de personas que pueden tener una intervención junto al enfermo, paciente o sujeto fuente. De hecho, prácticamente cada una de las normas analizadas ha adoptado una nomenclatura distinta para referirse a estos sujetos, pudiendo encontrarse diversas denominaciones:

- Las que mencionan de manera genérica a la «familia» o los «familiares». Esta mención amplia se encuentra, por ejemplo, en los artículos 47.5º, 58.4 y 59.1.j LIB.
- Las que concretan y seleccionan, dentro de los miembros de la familia, a algunos de ellos. En este punto, se utilizan dos adjetivos distintos para realizar esta acotación: «familiares próximos» y «familiares biológicos». Ambos, de hecho, son usados de forma sucesiva por el artículo 4.5 LIB, sin mayor explicación. Posteriormente, el artículo 49.2 de la misma norma solo menciona a los «familiares biológicos», mientras que el artículo 48.2 LIB hace referencia a los «familiares más próximos».
- Las que incluyen expresamente a los sujetos vinculados de hecho con el paciente o enfermo. En este sentido, tanto en materia de autonomía del paciente como en materia de ensayos clínicos, se remiten diversos preceptos con una fórmula idéntica a «las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho». Tal es el caso, en concreto, de los artículos 5.1., 5.3, 5.4, 9.2.c y 9.3.a LBRAP, así como de los artículos 4.5, 6.3 y 7.2 RD 1090/2015. Frente a esto, la fórmula de los «allegados», utilizada antes por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) –que generalmente se reconducía a ese mismo círculo de personas–, se conserva en el artículo 8.2 LRE, probablemente con el mismo sentido, cuando se remite a los «familiares o allegados».
- Las que amplían todavía más el círculo de personas que pueden intervenir en el ámbito de la salud. En concreto, las referencias más amplias se encuentran, por un lado, en el artículo 5.2 RD 1723/2012 («las personas relacionadas genéticamente, por parentesco o amistad íntima»), el artículo 21.3 LIB, por otro («las personas que convivieran con [el sujeto fuente]») y, finalmente, el artículo 12.2 LTRHA («terceros»).

No hay, por tanto, una manera unificada de referirse a estos sujetos, lo que dificulta un análisis conjunto y nos lleva –como aquí se viene haciendo– a utilizar expresiones genéricas que puedan abarcar el conjunto de la fenomenología normativa. Tal variabilidad refuerza claramente la idea ya apuntada de que el legislador no parece ser plenamente consciente de la posible trascendencia que pueda derivarse del uso de unos términos u otros. Es más, el aparente uso indistinto de los diversos términos, incluso dentro de una misma norma –paradigmáticamente, la Ley de Investigación Biomédica–, induce

a pensar en una falta de sistemática en esta materia y de precisión técnica en el uso del lenguaje.

Con esta afirmación, no obstante, no es que pretendamos sentar la idea de que el uso de los términos apuntados sea aleatorio en todos los casos y de que no haya ningún criterio o intención del legislador en algunas de las acotaciones o precisiones terminológicas que hemos identificado. Nada más lejos de nuestra intención.

Hay, por ejemplo, razones que justifican que en gran parte del contexto normativo regulado por la Ley de Investigación Biomédica se acoten las referencias a sujetos vinculados entre sí genéticamente («familiares biológicos») y que no se extienda la referencia –como en otras normas del ámbito de la salud– a las personas vinculadas de hecho con el sujeto fuente. A fin de cuentas, el objeto de regulación de esa norma exige que se limiten de esa forma los posibles interesados por los resultados de las pruebas o análisis que se practiquen sobre el paciente, pues el posible uso de muestras obtenidas del cuerpo de un sujeto o la posible trascendencia de su información genética solo se explica desde una perspectiva puramente biológica, en la que no tiene sentido científico –ni, consiguientemente, cabida– otro tipo de vínculos legales o de hecho con el paciente. Ahora bien, esa misma perspectiva no está presente en cada uno de los preceptos que contemplan la mención a los familiares en la norma analizada y no explica, por ejemplo, por qué cuando el artículo 4.5 LIB (sobre ejercicio del derecho del paciente a no conocer) dispone que se puede comunicar la información a «un familiar próximo» cuando existe un potencial perjuicio grave para la salud del paciente o de sus familiares biológicos –acotación aquí sí pertinente–, no se incluya aquí también como posible receptor de la información a las personas vinculadas con el paciente de hecho (que sí son potenciales receptoras de información del paciente en el contexto general del artículo 5 LBRAP).

La falta de sistematicidad general del legislador en esta materia induce a pensar que omisiones de ese tipo no son necesariamente conscientes y voluntarias y que, por tanto, no siempre que no se mencionan expresamente los sujetos vinculados de hecho estos deban entenderse excluidos de las remisiones generales a los familiares; más todavía, cuando se constata que algunas de las formulaciones concretas que han quedado consagradas en las diversas normativas analizadas provienen del trámite parlamentario de las enmiendas, que pueden haberse planteado en un caso y no en otro y que pueden haber prosperado en un caso y no en otro⁷². Como ocurre en otras materias, se percibe aquí, por tanto, que el legislador no tiene siempre la visión de conjunto que resulta deseable para construir un sistema coherente.

72. Relata a este respecto DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 233-234, en relación con el artículo 5.1 LBRAP, que originariamente la Proposición de ley solo mencionaba a «las personas vinculadas al paciente» y que fue fruto de una enmienda que se incluyera la mención a los vínculos familiares o de hecho.

Sí es cierto, no obstante, y esto es lo verdaderamente relevante a los fines aquí perseguidos, que –sea con una u otra terminología– puede constatarse que todas las referencias legales mencionan de una u otra forma a sujetos del ámbito familiar del enfermo o paciente, sea familia de hecho o de derecho y sea más o menos extensa en su identificación y definición. Dicho de otra forma, que cuando nuestro legislador introduce junto al paciente o enfermo a otros sujetos en materia de salud, en quienes piensa –guiado o no por el principio de solidaridad familiar– es en ese círculo de sujetos vinculados entre sí por deberes y obligaciones que trascienden de los económicos.

La idea o el principio de solidaridad familiar parece que planea, por tanto, de alguna forma en esta materia, aunque sea de forma implícita y no consciente. De no ser así, el legislador podría haber optado en estas normas por otros posibles referentes (quien haya designado el paciente, quien le acompañe, un profesional sanitario de confianza...), según la función que en cada caso tenga el recurso o llamada a estos sujetos. El hecho de que se refiera a los familiares o allegados –y no a otros sujetos– parece apuntar en cambio a que ha tenido en cuenta la especial relación de esas personas con el paciente o enfermo, y a los derechos y deberes que existen entre ellas derivados del principio de solidaridad familiar.

No se nos escapa en este punto, no obstante, que podrían encontrarse otras explicaciones distintas a la propuesta o, dicho de otra forma, que es cierto que el principio de solidaridad familiar no es el único fundamento imaginable que se puede identificar detrás de las menciones legales a familiares, parientes y personas vinculadas de hecho. En concreto, dejando de lado posibles explicaciones basadas en la mera costumbre o tradición⁷³, o en el beneficio del enfermo⁷⁴, podría sostenerse que el legislador acude aquí a la voluntad presunta del enfermo o paciente, que en esas situaciones de vulnerabilidad suele querer tener próximos a quienes han constituido su red de apoyo durante toda su vida⁷⁵.

73. Una evolución histórica del papel de los familiares en el ámbito de la salud puede encontrarse, por ejemplo, en LEÓN SANZ, P., «La práctica de informar a los pacientes y a sus familiares a lo largo de los siglos XIX y XX», *La implantación de los derechos del paciente*, Pamplona, 2004, pp. 129-134.

74. ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario...», cit., p. 219, parece aludir como principio justificante a este beneficio de la persona que no puede actuar por sí sola en algunas de estas circunstancias en que se da entrada a otros sujetos en el ámbito de la salud. Ahora bien, tal fundamento ni es extensible a todas las menciones legales aquí incluidas, ni explica por sí mismo por qué se escoge a esos sujetos concretos y no a otros, ya que sería imaginable que otras personas (v. gr., un facultativo de confianza) pudieran juzgar también cuál es el mayor beneficio para el paciente o enfermo.

75. A ello parecen aludir sin mayor fundamentación ALONSO OLEA, M. y FANEGO CASTILLO, F., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Madrid, 2003, p. 34, cuando señalan que «es por lógica que la extensión de la información recaerá en las personas que el paciente tenga más allegadas, es decir, familiares o de hecho».

De hecho, en expresiones tan amplias como la del artículo 5.2 RD 1723/2012, con su remisión a «las personas relacionadas genéticamente, por parentesco o amistad íntima», es difícil justificar que lata detrás de ellas la idea de la solidaridad familiar, por mucho que el concepto de familia se pueda o se quiera ampliar sobre criterios como el de los afectos. No hay que olvidar, además que, a fin de cuentas, esa norma se ubica en el contexto de la donación de órganos por persona viva, donde puede tener sentido, en pro del altruismo, que el criterio que guíe la identificación de los posibles receptores (a los que indirectamente se refiere el precepto, como ya se vio) sea la de la voluntad del donante. Y, del mismo modo, en muchos de los preceptos analizados hasta ahora podría encajar también perfectamente la voluntad presunta del enfermo como justificación del criterio del legislador al optar por la mención a ese conjunto de sujetos (y no a otros).

Ahora bien, la voluntad presunta del paciente no parece servir para explicar todas las menciones a los parientes o personas vinculadas al enfermo o paciente, a diferencia de lo que ocurre con el principio de solidaridad familiar. En concreto, no sirve para las normas en las que la perspectiva adoptada por el legislador no es la del apoyo, complemento o sustento espiritual del paciente, sino la del interés de estos otros sujetos vinculados al paciente⁷⁶. Y es que, aunque se trata de supuestos menos frecuentes en el contexto de la regulación sobre la salud de las personas, esta segunda perspectiva también se encuentra entre las normas que se refieren a las personas vinculadas al enfermo.

Menciones tales como la que contempla la posible comunicación a los familiares biológicos de información genética del sujeto fuente –ante el ejercicio por su parte de su derecho a no conocer (arts. 4.5 y 49.2 LIB)–, o la que permite el uso de muestras del sujeto fuente por parte de parientes (art. 58.4 LIB), no se establecen en interés de la persona que venimos considerando hasta ahora como el centro o sujeto de la regulación en el ámbito del Derecho Biomédico, sino en interés de sus familiares⁷⁷, frente a los que el paciente o enfermo queda espiritualmente obligado por razón del principio de solidaridad familiar, quiera o no⁷⁸. No se trata, por tanto, aquí de su voluntad presunta, sino de lo que es coherente con el juego de deberes, apoyos y relaciones entre los miembros del grupo familiar (sean de hecho o de derecho).

76. Tal es el caso de los artículos 4.5, 47.5º y 49.2, 58.4 y 59.1.j LIB, así como del artículo 12.2 LTRHA.

77. NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión...», cit., p. 317, aluden en concreto a los derechos de estos sujetos a la protección de la salud y la integridad física.

78. Como señala PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro...», cit., p. 374, en las relaciones jurídicas en cuyo contenido está el cuidado, como son las afectivas, las prescripciones de la ética del cuidado son más precisas y exigentes, por lo que el cuidado va más allá de la mera ayuda. Igualmente, en «El principio de igualdad...», cit., p. 10.

Para el resto de los casos, en los que las normas estudiadas adoptan el enfoque más propio de este ámbito de la salud, centrado en las necesidades del enfermo o paciente⁷⁹, identificar su fundamento en el principio de solidaridad familiar en vez de en la voluntad presunta del paciente parece presentar ventajas adicionales. En concreto, introduce ya en el contexto normativo la estructura de derechos y deberes entre los miembros de la familia –esta vez en interés del enfermo o paciente–, cosa que no hace un fundamento de la norma basado en la voluntad de este. Sería complicado, por ejemplo, imponer deberes de cuidado entre el paciente o enfermo y quien no está vinculado con él más que por amistad, por muy fuerte que sea esta⁸⁰. Por mucho que eso pueda responder a la voluntad presunta del paciente, tales deberes no tienen un respaldo actualmente en nuestro ordenamiento.

Frente a ello, si se considera, como aquí se apunta, que tras estas normas se podría encontrar el principio de solidaridad familiar, se puede entender directamente que los sujetos mencionados intervienen en el ámbito de la salud del enfermo o paciente con esa finalidad de prestarle apoyo, sustento espiritual o compañía en su situación de vulnerabilidad. Se atiende, por tanto, mejor y de forma más integral a la posición del paciente o enfermo que es sujeto de cada una de las normas aquí analizadas.

79. Por ejemplo, en los artículos 5.3 y 5.4 LBRAP; 4.5 y 48.2 LIB; 4.5, 6.3 y 7.2 RD 1090/2015; y 8.2 LRE.

80. Como señala PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad...», cit., p. 9, «en el caso de relaciones jurídicas cuyo contenido no es el cuidado, el principio del cuidado es menos exigente: se circunscribe a la cercanía y a la ayuda».

4. LA UTILIDAD DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN EL CONTEXTO DE LA NORMATIVA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

La conclusión alcanzada en el apartado anterior sobre el fundamento que podemos apuntar que podría latir detrás de las diversas menciones a familiares y allegados del paciente es especialmente importante ante la diversidad terminológica manejada por el legislador, en la medida en que nos puede servir, como veremos a continuación, como criterio interpretativo a la hora de identificar en concreto qué personas son las que deben entenderse incluidas dentro de las diversas formulaciones legales. El panorama conjunto que hemos mostrado hasta ahora pone de manifiesto que el legislador no tiene en mente este principio de solidaridad familiar como criterio prevalente, pero que ronda desde luego entre el conjunto de intereses que armoniza por medio de cada una de estas regulaciones en el ámbito de la salud. Se intuye, por tanto, que puede ser importante, pero es difuso tanto en sus referentes como en sus consecuencias. Frente a ello, la tesis que aquí se sostiene de identificar la posible presencia de este principio detrás de las referencias a los familiares, parientes y allegados del paciente es relevante, en este sentido, a fin de ayudar a aclarar el referente de los términos diversos.

Tal interpretación resulta, además, necesaria, por un lado, y útil, por otro, ya que generalmente la determinación en el caso concreto del referente de la norma le corresponde hacerlo al profesional sanitario. Y el problema aquí no es –aunque también pueda ser importante– que el médico carezca de una formación jurídica que le permita identificar de manera solvente, por ejemplo, cuáles son los vínculos de hecho relevantes en materia de Derecho de Familia⁸¹. El problema, más bien, se plantea para el propio profesional sanitario, que se encuentra ante la tesitura de realizar una identificación correcta de los referentes de la norma, so pena de incumplir por su parte los deberes de secreto y confidencialidad que pesan sobre él en el contexto sanitario⁸².

Habiendo puesto de relieve ya anteriormente el importante papel que cumple el derecho a la intimidad –y, en general, todo el elenco de derechos del paciente– en el ámbito de la salud, la entrada en ese campo de personas diferentes al paciente es excepcional. La extralimitación en ese acceso conlleva una lesión de los derechos del enfermo o paciente de la que debe responder el profesional sanitario que se extralimita, salvo que exista justificación para ello. Así, en estos casos, el facultativo al que le corresponde la

81. Véanse, por ejemplo, las dudas que plantea desde el ámbito de la práctica CIVEIRA MURILLO, E., «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Crítica», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, pp. 25-26.

82. Aludiendo a esta dificultad de interpretación a la que se enfrentan los médicos, ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007, p. 168; CIVEIRA MURILLO, E., «Consentimiento por representación...», cit., p. 26 y TERRIBAS, N., «Aportaciones de los profesionales. Visión jurídica», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, p. 132.

interpretación se sitúa en el filo de la navaja entre el respeto al derecho a la salud regulado por la norma y a la intimidad del paciente⁸³.

En última instancia, por supuesto, no cabe duda de que es un juez quien debe interpretar la norma y determinar los familiares o personas vinculadas al paciente que deban ser tenidos en cuenta en el procedimiento o acto médico en cuestión, en caso de discusión o conflicto⁸⁴. Sin embargo, debe tenerse presente que en este contexto sanitario no siempre existe el tiempo suficiente para acudir a un procedimiento judicial que permita identificar al legitimado para recibir la información o actuar en apoyo del enfermo, en caso de discrepancia con el médico responsable. Si bien habría sido más conveniente una redacción que aportase una mayor concreción, ya hemos indicado que no contamos con tal definición. Por este motivo, es especialmente relevante disponer de criterios que sirvan para determinar quiénes son las personas concretas para las que el legislador ha habilitado ese acceso al ámbito de la salud y la intimidad de otro sujeto.

Para mostrar cómo puede utilizarse en este contexto interpretativo el principio de solidaridad familiar, vamos a desarrollar primero el ejemplo de la regulación de la información asistencial (art. 5 LBRAP), como norma paradigmática en la que confluye el derecho a la intimidad del paciente con su situación de vulnerabilidad y necesidad de apoyo y cuidado espiritual. Posteriormente, estudiaremos si las conclusiones que alcancemos respecto de ese precepto se pueden extender al resto de los analizados, incluidos aquellos artículos en los que la perspectiva adoptada por el legislador no es la del interés del enfermo, sino el de sus familiares, frente a los que queda obligado el paciente sobre la base del principio de solidaridad familiar.

4.1. El principio de solidaridad familiar como criterio interpretativo en el marco del derecho a la información asistencial

Como es sabido, denominamos «información asistencial» a toda la información que se genera por razón de cualquier actuación médica realizada en el ámbito de la salud de un sujeto determinado. Tal información se reconoce como un derecho de la persona, ligado a su dignidad, como elemento clave que le permite adquirir un conocimiento respecto de su estado de salud y, en su caso, adoptar decisiones relativas al mismo⁸⁵.

Esta constatación condiciona necesariamente la regla general proclamada por el artículo 5.1 LBRAP, a la que ya nos referimos anteriormente («el titular del derecho a la información

83. Como señala PARDO GARCÍA, J.B., «Aspectos específicos de la información...», cit., p. 302, el deber de confidencialidad llega, por lo menos, hasta donde acaba la intimidad.

84. Así lo afirma DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones...*, cit., p. 44, quien no obstante pone de relieve que es una cuestión que no regula la norma. Quizá por ello otros autores toman como referente para esta decisión a los comités de ética de los centros hospitalarios (v. gr., CORCOY BIDASOLO, M., «Conclusiones», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, p. 178).

85. Por todos, GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado...*, cit., pp. 46-47.

es el paciente»), hasta tal punto que se trata de mantener igualmente en los siguientes apartados, relativos a situaciones particulares que pueden afectar al entendimiento de tal información por parte del paciente de forma permanente o transitoria. Solo en circunstancias excepcionales –en las que la información recibida determina un potencial daño para la persona– se puede poner un límite a este derecho.

De hecho, aunque en los diversos apartados del precepto se menciona junto al paciente a otras personas (como hemos visto, «personas vinculadas por razones familiares o de hecho», por un lado, o el representante legal, por otro), la redacción del artículo 5 LBRAP deja claro que estos otros sujetos no son titulares del derecho a la información. Como ya vimos, y a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior de la materia –contenida en el artículo 10.5 LGS–, el único titular del derecho a la información es el paciente, de manera que no cabe hablar ya de una cotitularidad⁸⁶. Por el contrario, las personas mencionadas en el precepto junto a él aparecen como meros destinatarios de la información, bien por extensión o adicionalmente a la información que recibe el paciente (apartados 1 y 2), bien por defecto de la posible recepción por este de la información (apartados 3 y 4).

Si se observa atentamente en su conjunto esta previsión legal, no obstante, se puede constatar que no es indiferente esa división entre los dos primeros apartados y los dos segundos, y que hay que analizar por separado las dos situaciones básicas en las que se produce la inclusión de esos otros sujetos: cuando reciben la información «además» del paciente y cuando la reciben «en defecto» del paciente. Esto se debe a que, a nuestro juicio, no es igual la justificación que late detrás de cada una de estas situaciones para incluir a tales otros destinatarios, y eso se debe tener presente a la hora de interpretar y aplicar la norma.

En el primer caso, ya vimos que el enfoque del legislador se centra en el paciente y en la preservación de su derecho a la intimidad, quedando relegado a un segundo plano el principio de solidaridad familiar. Ya dijimos en ese sentido que, en el apartado 1, es el paciente el que decide la extensión de a quién se informa, por lo que debe interpretarse el referente de la norma de forma amplia conforme a su criterio y determinación de los límites que quiere poner a sus derechos. En el apartado 2, pendiente de una más que necesaria revisión y reforma –como también apuntamos anteriormente–, es en cambio la ley la que determina el sujeto que ocupa la posición de representante –o apoyo actualmente para

86. A ello se refieren, por ejemplo, DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones...*, cit., p. 41 o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 236. Nótese, no obstante, que tampoco era unánime la interpretación de que la regulación anterior conducía a una cotitularidad del derecho a la información asistencial. En contra, por ejemplo, SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXII Coloquio de Derecho europeo* (editor C.M. Romeo Casabona), La Laguna, 1993, p. 207; SEOANE PRADO, J., «Información clínica», cit., p. 237 o SÁNCHEZ JORDÁN, E., «Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica», *Derecho y Salud*, 2002, vol. 10, N.º 2, p. 160.

las personas con discapacidad-, persona que se añade al paciente como receptora de la información asistencial⁸⁷.

En uno u otro caso, por tanto, no se plantea un problema de indeterminación del referente de la norma en su remisión a otros sujetos. No ocurre lo mismo, en cambio, en el marco de los otros dos apartados del artículo 5 LBRAP, donde la inclusión en la norma de otros sujetos se realiza «en defecto» del paciente; es decir, porque este no puede conocer la información o no es conveniente que la conozca.

En la medida en que el conocimiento de esa información asistencial puede ser relevante para adoptar decisiones en el ámbito de la salud del enfermo –para prestarle un apoyo, cuidado o compañía espiritual o, incluso, para defender sus intereses–, podemos entender que aquí sí entra en juego netamente el principio de solidaridad familiar y que debe ser bajo su consideración que se ha de afrontar la interpretación de quiénes son «las personas vinculadas por razones familiares o de hecho» al paciente⁸⁸. Dado que se trata de una expresión vaga y amplia, es necesario aportar criterios de interpretación.

El primero de los preceptos señalados, el artículo 5.3 LBRAP, se debe entender referido a situaciones de privación de la capacidad de entender del paciente (en sentido no técnico) de tipo transitorio, siendo además tal privación absoluta, pues solo en tales casos se puede justificar una regulación que parece reconocer como único destinatario de la información a personas distintas del enfermo⁸⁹. Más allá de la propia dificultad que le supone al profesional médico determinar aquí si el paciente se encuentra en tales circunstancias –cuestión esta cuya determinación ha ocupado mayormente a la

87. Se trata claramente de un supuesto de extensión de la información y no de sustitución del titular del derecho de información (el paciente) por otro sujeto (el representante). La cuestión, no obstante, plantea dudas de interpretación a algunos autores, como SÁNCHEZ JORDÁN, E., «Algunas cuestiones...», cit., p. 160, aunque la mayoría afirma que se debe informar también al paciente en este caso, si bien de forma adaptada a sus circunstancias; entre ellos, ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica 1(I)», *Revista Española de Drogodependencias*, 2003, N.º 28 (3), p. 278; ALONSO OLEA, M. y FANEGO CASTILLO, F., *Comentario...*, cit., p. 35; DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones...*, cit., p. 43; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 238 y 256 y CAMPO IZQUIERDO, A.L., «El consentimiento informado», cit., p. 8.

88. Frente a esto, GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado...*, cit., p. 105, alude como justificación de la información a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, que «estos son también (con arreglo al artículo 5.1 de la Ley) los destinatarios del derecho a la información». No obstante, ni el autor justifica extensamente esta afirmación, ni su punto de partida es compartido por la generalidad de la doctrina, que, como se ha indicado, considera titular de la información solo al paciente.

89. Así lo afirma DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 252, que subraya que la referencia a la capacidad no debe entenderse aquí en un concepto técnico, sino vulgar. Apoyan igualmente ese entendimiento del precepto, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La Ley 41/2002...», cit., p. 279 y ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal...*, cit., p. 164.

doctrina⁹⁰-, el segundo gran escollo o problema al que se enfrenta el facultativo es identificar a quién o quiénes tiene que informar entonces en concreto, en ese contexto amplio y vago de los vínculos familiares o de hecho con el paciente.

Lo mismo ocurre en el caso del artículo 5.4 LBRAP, que contempla la polémica situación denominada como «necesidad terapéutica» o, también, «privilegio terapéutico», en la que se habilita al médico actuante para valorar objetivamente si el conocimiento de la información asistencial puede perjudicar la salud del paciente de forma grave. Se trata, por tanto, de supuestos en los que podemos decir que, aunque el paciente puede comprender la información, no debe recibirla, so pena de sufrir por ello un perjuicio. Aunque la admisión de estos casos es discutible y polémica, nuestro legislador la ha incluido en la regulación del precepto mencionado, permitiendo entonces que el profesional sanitario no proporcione la información al paciente, y que se limite a comunicar esta decisión a «las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho»⁹¹. Más allá, de nuevo, de la dificultad de determinar cuándo el médico puede hacer uso de este privilegio⁹², y de la duda que plantea la redacción del precepto respecto de si ha de proporcionar o no la información omitida a estas mismas personas, a otras o a ninguna⁹³, el problema que se le plantea adicionalmente al facultativo desde la perspectiva aquí analizada es a quién debe informar de su decisión en tales casos.

90. Aunque es generalizada la remisión al juicio del médico para tal determinación (sirvan de ejemplo SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., pp. 21-23; OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria...», cit., pp. 31-32; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 252-253 o CIVEIRA MURILLO, E., «Consentimiento por representación...», cit., p. 25), el problema es cuál es el criterio que ha de emplear, en ausencia de una directriz legal sobre los procedimientos que determinen si el paciente es capaz de entender. Ver al respecto, por ejemplo, ROMEO MALANDA, S., «Consentimiento informado (I)», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, p. 93, que remite al cuestionario *Aid to Capacity Evaluation* (ACE), y a la escala MacCAT-T.

91. Originariamente no aparecía esta previsión en el texto de la Ley 41/2002, incluyéndose posteriormente en el informe de la Ponencia. Esto es muestra del debate histórico que ha existido sobre este privilegio (ver LEÓN SANZ, P., «La práctica de informar...», cit., pp. 130-137), todavía hoy presente (ver, entre otros, SEOANE PRADO, J., «Información clínica», cit., pp. 241-244). De hecho, este privilegio no se reconoce en todos los ordenamientos (v. gr., no se reconoce en Francia: NAMÉN BAQUERO, J., «La obligación de información del médico en el derecho francés», *Revista de Derecho Privado*, 2008, N.º 5, p. 193).

92. La mayoría de los autores tiende a interpretar de forma restrictiva la aplicación de la norma, limitándola a razones terapéuticas. Por todos, DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones...*, cit., p. 44; SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., p. 18; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 254-255 o ROMEO MALANDA, S., «Consentimiento informado (I)», cit., p. 96.

93. Precisa al respecto acertadamente SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., p. 18, que debe entenderse aplicable la regla del artículo 9.3 LBRAP, ya que no se trata de un supuesto

La cuestión no es clara ni indubitada en los casos planteados, aunque pudiera parecerlo en una primera aproximación rápida al problema. De hecho, en un primer momento, la terminología utilizada por el legislador fue alabada por nuestros autores, por comparación con la anterior referencia del artículo 10.5 LGS a los «allegados», oscura y criticada por imprecisa o ambigua⁹⁴. Ahora bien, superada esa primera etapa, en la actualidad se pone de relieve frecuentemente que la mayor concreción del artículo 5 LBRAP es más bien aparente y que da lugar a problemas de interpretación⁹⁵.

Por un lado, en relación con las personas vinculadas al paciente «por razones familiares», el problema no es tanto identificar quiénes son estos –puesto que ya lo determinan las normas de Derecho de Familia⁹⁶–, sino a cuáles o a cuántos se remite la norma. En concreto, se critica por la doctrina que no se haya establecido un orden o prelación entre los familiares, o un límite al grado de parentesco⁹⁷. De hecho, si se atiende al tenor literal de ambos preceptos, podría llegar a interpretarse que el deber de comunicación del profesional sanitario se extiende a todos los sujetos unidos al paciente por tal vínculo, lo que convertiría frecuentemente la obligación de información en inexigible, por inabarcable (más todavía si se interpreta la conjunción «o» subsiguiente como copulativa y no como alternativa: debe informar a todos los familiares «y» a todas las personas unidas al paciente por vínculos de hecho). Esto es criticable, especialmente si se toma en cuenta que la amplia fórmula utilizada por el legislador, que puede tener pleno sentido en el artículo 5.1 LBRAP, no lo tiene tanto en estos otros dos apartados, donde ya hemos señalado que el fundamento de la mención no reside en el derecho a la intimidad del paciente y ni en su voluntad.

Por otra parte, en relación con las personas unidas al paciente «por vínculos de hecho», resulta indudablemente una fórmula de difícil concreción para el médico sobre el que pesa el deber de información, puesto que aquí sí entra en juego la duda de quiénes deben ser considerados los referentes concretos de la norma. A falta de una regulación general sobre la materia, aunque la tendencia es a interpretar el vínculo «de hecho» como restringido a la existencia de lazos afectivos de tipo sexual entre las personas, no

de dispensa de la información previa, sino de dispensa de recabar el consentimiento directamente del paciente.

94. Ver en esa línea SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», cit., p. 207; DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones...*, cit., p. 43 o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 257.

95. Entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La Ley 41/2002...», cit., p. 279 o ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal...*, cit., p. 164.

96. Con todo, debe tenerse en cuenta que el profesional médico no tiene por qué ser conocedor de estas normas, como ya apuntamos anteriormente. Quizá por ello afirma DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 256, que la cuestión de determinar quiénes son estas personas es compleja.

97. Por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 256-257.

es sencillo determinar cuándo se establecen esos vínculos (si es necesaria una duración mínima) o si se requiere algún elemento adicional al simple afecto (convivencia, registro...)98. A esto se une la dificultad de que no cabe descartar una posible ampliación teórica en este contexto: piénsese que las previsiones de los artículos 5.3 y 5.4 LBRAP se pueden aplicar a todo tipo de pacientes y, por ende, también a personas con discapacidad99. Por ello, el referente «de hecho» puede ser más amplio que la pareja afectiva y extenderse a quien preste, por ejemplo, labores de guardador de hecho.

En esta tesitura es donde cobra especial importancia la identificación del fundamento de ambas normas en el principio de solidaridad familiar, ya que nos permite aportar un criterio para resolver los dos grandes focos de indeterminación puestos de relieve: quiénes y cuántos son los referentes de los dos preceptos analizados. Afirmar que la *ratio* de la mención legal puede residir en ese principio implica asumir que lo que late detrás y se juridifica en los artículos 5.3 y 5.4 LBRAP es el entramado de derechos y deberes que existen entre los miembros del núcleo familiar, que condicionan su recíproco apoyo, compañía o sustento espiritual. Podemos entender que, si el legislador acude a estos sujetos –y no a otros– en el marco de la información asistencial que no puede o no debe ser proporcionada al paciente, es porque en ese contexto el enfermo se encuentra en una situación de vulnerabilidad en la que necesita alguien que lo acompañe y lo cuide; y quienes quedan obligados a proporcionar tal atención en nuestro ordenamiento son las personas respecto de las que rige el principio de solidaridad familiar100.

Consiguientemente, debe interpretarse que la referencia a los sujetos vinculados «de hecho» con el paciente solo abarca a los que asumen ese mismo entramado de derechos y obligaciones sobre la base de los vínculos de afectividad o conexión con el paciente o enfermo; y solo estos, pues solo respecto de tales personas se puede derivar un deber –legal o moral– de atención o cuidado para con el enfermo. Por así decirlo, por tanto, hasta donde llegue el deber de solidaridad entre sujetos no vinculados por parentesco, será hasta donde pueda llegar la identificación de los referentes de los artículos 5.3 y 5.4 LBRAP. Por tanto, por mucho que pueda haber una tendencia a extender esos

98. En ese sentido, CIVEIRA MURILLO, E., «Consentimiento por representación...», cit., p. 25.

99. Frente a esto, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado...», cit., p. 226, parece oponerse a la aplicación del artículo 5.4 LBRAP a ese tipo de pacientes, pero lo hace sobre el temor de que pueda suponer una vía que permita volver al paternalismo médico respecto de estas personas, paternalismo al que aluden LEÓN SANZ, P., «La práctica de informar...», cit., p. 140 o ELIZARI URTASUN, L., «Adopción de decisiones...», cit., p. 365.

100. En ese sentido se pueden entender las palabras de SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», cit., p. 200, cuando señala que la apelación a los familiares se realiza «en virtud de los vínculos que les unen». Igualmente, se puede entender referida a esta idea la afirmación de GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos, su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 1997. p. 121, de que la información sanitaria «en algunos casos, puede ser conveniente, por la incidencia que tenga en la salud del [paciente] o, por falta de capacidad, comunicársela a sus familiares o allegados».

vínculos por razones de convivencia o mero afecto o a interpretar de manera amplia este referente, mientras ello no se consagre normativamente en nuestro ordenamiento, no habrá un criterio para entender integrados en el término de los «vínculos de hecho» a otras personas distintas de la pareja de hecho o –donde proceda– el guardador de hecho¹⁰¹.

Por lo que respecta, en segundo lugar, a las personas vinculadas al paciente «por razones familiares», la vinculación de la fórmula con el principio de solidaridad familiar podría servir de orden y límite a la referencia legal, reconduciendo la interpretación de cuántos o cuáles sean estos a los familiares respecto de los que se establecen legalmente estos deberes de mutuo apoyo y socorro. Como guía u orientación al respecto se podría tomar entonces la de los sujetos enumerados en el artículo 143 CC, que contiene la consagración más amplia de este principio. Aunque se trata de un precepto que contempla la manifestación del principio de solidaridad familiar desde una perspectiva económica generadora de obligaciones –mientras que la perspectiva aquí adoptada de tipo espiritual es potencialmente más amplia–, no resulta razonable ir más allá de los límites del parentesco que marca el citado precepto. En concreto, este excluye una extensión a cualquier familiar –biológico o legal– y limita el parentesco relevante a solo algunas de las líneas y grados: cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos. Solo ellos pueden ser destinatarios de la información asistencial en defecto del paciente, porque solo ellos serán los llamados a ocuparse del enfermo necesitado o en situación de vulnerabilidad¹⁰².

Entre ellos, si fuera necesario establecer un orden o prelación por existencia de discordancias entre los familiares o por dejadez en sus funciones de apoyo espiritual al enfermo, se podría acudir a lo dispuesto en el artículo 144 CC, introduciendo donde proceda –de forma paralela– a los sujetos vinculados de hecho con el paciente¹⁰³.

Consiguientemente, frente a la amplitud interpretativa que ha de sostenerse allí donde quien decide es el paciente o la ley (art. 5.1 y 5.2 LBRAP), en cambio la aplicación del principio de solidaridad familiar nos lleva a un resultado mucho más acotado y restrictivo

101. Al primero de estos supuestos se remiten expresamente, en concreto, las diversas regulaciones específicas autonómicas. Ver al respecto DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 257 (reiterado en p. 377, para el supuesto de consentimiento por representación). El autor, por su parte, apoya igualmente esta interpretación, poniendo de relieve, no obstante, los problemas de prueba cuando la situación de hecho no tenga un respaldo normativo o registral.

102. Más restrictiva parece ser incluso CORCOY BIDASOLO, M., «Conclusiones», cit., p. 178, que parece dar preferencia solo al cónyuge y, subsidiariamente, padres e hijos.

103. Alternativamente, SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal...», cit., p. 23, alude al orden de la delación legal de la tutela conforme al antiguo art. 234 CC, que aunque no diverge en mucho del aquí propuesto, plantea, sin embargo, la duda de si se pretende con ello dejar en manos del facultativo la facultad de alterar el orden que la norma atribuye al juez, lo que no sería adecuado. De forma menos precisa, SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», cit., p. 207, remite al Derecho civil (sic), «que llama en primer lugar a los padres o al representante legal».

donde la norma introduce a otros sujetos en defecto del propio paciente, reducido a los que mantienen con él deberes de apoyo, cuidado y sustento mutuos.

Ahora bien, tratándose de un criterio que opera «en defecto» del paciente, titular único y principal del derecho a la información, consideramos adecuado cerrar esta regla con un importante matiz o puntualización: se trata solo de una regla de interpretación por defecto. De hecho, consideramos que solo se deberá acudir a esta interpretación si el propio paciente no ha establecido otra cosa a través de las instrucciones previas o documentos de voluntades anticipadas que contempla el artículo 11 LBRAP¹⁰⁴. Por tanto, en caso de existir tales documentos y de que a través de ellos el paciente haya designado «un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas», el receptor de la información deberá ser entonces la persona que haya nombrado el propio paciente en dichas instrucciones, esté o no vinculado de hecho o familiarmente con él.

Por tanto, en una interpretación sistemática de la Ley 41/2002, ha de entenderse que el facultativo solo debe dirigirse a las personas aquí acotadas –o, entre ellas, al orden aquí propuesto–, en los casos en que el paciente no haya designado quien actúe por él para cuando no pueda o no deba conocer la información¹⁰⁵. Consiguientemente, si el enfermo quiere evitar una interpretación restrictiva de esos referentes como la aquí propuesta y permitir que sean otros sujetos distintos los que reciban la información asistencial, o si quiere dar preferencia concretamente a alguna de las personas vinculadas a él, será suficiente con que la nombre como su representante o interlocutor, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LBRAP¹⁰⁶. Habrá que entender entonces que habrá sido el propio paciente quien haya decidido qué persona va a asumir las funciones de apoyarlo,

104. A ello debe añadirse, en el caso de las personas con discapacidad, la posibilidad de que hubiesen otorgado poder o mandato preventivo a favor de una persona de su confianza (art. 256 CC), en cuyo caso será el que deba actuar en este contexto, si tal poder se le ha atribuido por el paciente. Ver al respecto VIVAS TESÓN, I., «Consentimiento informado (II)», cit., p. 126. En igual sentido, TORRELLES TORREA, E., «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el 'mayor beneficio para la vida y salud del paciente' en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, 2022, N.º 3, p. 88, quien considera que las instrucciones previas ya son medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, si bien de carácter sectorial, porque afectan específicamente al ámbito de la salud.

105. Apoyan la prevalencia de las instrucciones previas en distintos ámbitos, ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La Ley 41/2002...», cit., p. 279; TORRELLES TORREA, E., «La voluntad anticipada...», cit., p. 88 y VIVAS TESÓN, I., «Consentimiento informado (II)», cit., p. 127. Coincidimos aquí con GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado...», cit., p. 237, en que habría sido preferible haber hecho expreso ese régimen en la norma.

106. La doctrina, de hecho, aconseja el uso de esta vía de las instrucciones previas, para salvaguardar la voluntad del paciente, especialmente en enfermedades degenerativas. Muestra de ello son CORCOY BIDASOLO, M., «Conclusiones», cit., p. 179; TERRIBAS, N., «Aportaciones de los profesionales...», cit., pp. 132-135 o CAMPO IZQUIERDO, A.L., «El consentimiento informado», cit., p. 8.

asistirlo o cuidarlo. En su defecto, no obstante, registrará ese deber para las personas ya indicadas, en aplicación del principio de solidaridad familiar.

4.2. El papel interpretador del principio de solidaridad en otras normas del ámbito de la salud

Una vez determinado el uso interpretativo que puede tener en este campo el principio de solidaridad familiar y el sentido concreto restrictivo en que tal interpretación se sugiere aquí, la siguiente cuestión sería analizar si la acotación propuesta se puede trasladar al resto de las normas en materia de salud que incluyen la mención de familiares o allegados del enfermo y si puede funcionar también en ellas en el mismo sentido, proporcionando por tanto una guía u orientación a los facultativos que han de aplicar a diario tales normas. Ello nos permitirá averiguar si tiene realmente utilidad práctica afirmar que detrás de gran parte de estas referencias pueda encontrarse el principio de solidaridad familiar.

Antes de proceder a esto, no obstante, debe puntualizarse que, lógicamente, no procede formular tal pregunta en aquellas de las normas enumeradas inicialmente cuyo entronque con ese principio es dudoso. Como se apuntó anteriormente, esto ocurre en el caso del artículo 5.2 RD 1723/2012, en el que la amplitud de la redacción legal induce a pensar que el fundamento que late detrás de la amplia referencia a otras personas («personas relacionadas genéticamente, por parentesco o por amistad íntima») es más bien la voluntad –en este caso, presunta– del donante de órganos en vida; o también en la referencia del artículo 8.2 LRE a los «familiares y allegados que señale». El legislador, por tanto, no está introduciendo en este contexto criterios que apunten a la existencia de deberes entre los parientes motivados por la solidaridad familiar, sino contemplando cuál pueda ser la voluntad –presunta o real– de quien esté dispuesto a donar una parte de su cuerpo a otra persona o solicite que se termine con su vida.

Junto a ello, también es dudosa la presencia de este principio en el fundamento de los artículos 4.5 y 6.3 RD 1090/2015, en materia de ensayos clínicos. En ambos casos, la ubicación de la referencia a las personas vinculadas familiarmente o de hecho al paciente se realiza junto al representante legal; de hecho, como alternativa o en ausencia de este. Ello hace pensar en que, más bien, esta fórmula está facilitando una regulación del ámbito de los ensayos clínicos acorde a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007), anticipándose a la reforma que introdujo posteriormente la Ley 8/2021. Es revelador en ese sentido, de hecho, la referencia del artículo 4.5 a la «asistencia» de estos sujetos. Por ello, consideramos que en estos casos es preferible enmarcar la mención legal en el contexto del régimen de apoyos prestados a las personas con discapacidad, sin perjuicio de que indirectamente –como apuntamos– tal régimen pueda tener también trazas indirectas de solidaridad familiar.

Ahora bien, salvando estos preceptos concretos, la pregunta formulada debe ser analizada respecto del resto de las normas estudiadas en las páginas precedentes, que es donde

tiene sentido. Para darle respuesta, como ya anunciamos, consideramos que han de estudiarse por separado aquellas normas en las que el principio de solidaridad se manifiesta a favor del paciente y sus necesidades, por un lado, y aquellas otras en las que ese principio se contempla desde la perspectiva de los intereses de esos otros sujetos referentes que estamos analizando, por otro.

4.2.1. *Las normas que incluyen la mención a familiares, parientes o allegados en apoyo del paciente o enfermo*

Una valoración conjunta de este grupo de normas permite afirmar que siguen la misma línea del ya analizado artículo 5 LBRAP y que, por tanto, se puede trasladar a ellas el mismo criterio interpretativo propuesto, aunque deban hacerse algunas puntualizaciones o matices en cada una por razón de su temática concreta.

Así, en primer lugar, en el mismo ámbito en el que se enmarca la información asistencial, el artículo 9 LBRAP vuelve a contemplar a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en esta ocasión como referentes para la prestación del consentimiento informado.

Por un lado, en el artículo 9.2.b, en el contexto de los actos médicos que se pueden realizar sin contar con el consentimiento del paciente, se contemplan las situaciones de urgencia (riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo). Cuando no se puede conseguir la autorización del paciente, la norma prevé que el facultativo podrá llevar a cabo la intervención, pero que debe consultar a este grupo de personas, si las circunstancias lo permiten¹⁰⁷. La referencia concreta a estos sujetos tiene sentido, en la medida en que, de acuerdo con el principio de solidaridad familiar, se trata de quienes asumen los deberes de cuidado, atención y apoyo sobre el enfermo que precisa asistencia en las circunstancias enunciadas por la norma. Por ese mismo motivo –y sobre la base del mismo principio–, se puede aplicar este en el sentido interpretativo ya expuesto, acotando, del conjunto de parientes y sujetos vinculados de hecho al paciente, los que vimos en el apartado anterior; solo a estos deberá consultar el facultativo¹⁰⁸.

107. Téngase en cuenta que la doctrina tiende a interpretar este supuesto de forma restrictiva, ya que supone legitimar una injerencia sobre la integridad física del paciente sin contar con su consentimiento. Así, entre otros, DE LORENZO Y MONTERO, R. y SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento informado», cit., pp. 87-88; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 345 o ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal...*, cit., p. 184.

108. Frente a esto, DE LORENZO Y MONTERO, R. y SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento informado», cit., p. 77, parecen sostener (sin mucho desarrollo) que la finalidad de la información –asistencial o para el consentimiento– puede llevar a determinar que los referentes de ambos preceptos sean distintos. No obstante, esto supone trasladar inadecuadamente una idea que se apunta por otros autores (v. gr., XIOL RÍOS, J.A., «El consentimiento informado», cit., p. 51) en materia de capacidad del paciente, donde se puede distinguir la que debe reunir para recibir información asistencial y la que es precisa para prestar consentimiento informado. Ahora bien, aunque en ese segundo

Con todo, debe señalarse que, en este caso, la necesidad de interpretación para el facultativo es menor, ya que los autores coinciden en señalar que la inmediatez y la urgencia puede justificar incluso que se prescinda de la obligación de dirigirse a estos sujetos¹⁰⁹. De hecho, la ley se refiere aquí solo a una mera consulta, lo que parece indicar que prima el criterio del médico en relación con la ejecución o no de la intervención¹¹⁰.

Por lo que respecta, por otro lado, a la mención del artículo 9.3.a LBRAP, incluido dentro de los mal llamados supuestos de otorgamiento del consentimiento «por representación» –que más bien son de «consentimiento por sustitución»¹¹¹–, de nuevo aquí el criterio interpretativo sugerido podría servir para paliar el problema de que la norma no acota quién debe actuar en defecto de representante, ni establece un orden de prelación entre los diversos familiares o personas vinculadas de hecho al paciente en caso de que existan varios de estos referentes. En el confuso supuesto de hecho de este artículo, que parece corresponderse con el del 5.3 LBRAP (paciente impedido circunstancialmente para tomar decisiones)¹¹², resulta útil identificar detrás de esta mención el principio de solidaridad familiar sugerido, para guiar la interpretación. La norma remite a esas personas –y no a otras– porque son quienes asumen los deberes de asistencia y cuidado para con el paciente, por razón de los vínculos de solidaridad familiar existentes¹¹³. Por

contexto puede estar justificada la diferencia aludida, no tiene sentido en el primero, donde, además, introduciría un criterio «flexible» de interpretación que puede conducir a una gran inseguridad para el profesional sanitario, ocupado de juzgar en cada caso lo que procede según el interés del paciente y la finalidad de la información. Por este motivo, consideramos preferible mantener la unidad de interpretación, como aquí se propone.

109. Ver SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», cit., p. 207; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., p. 344 o TORRELLES TORREA, E., «La voluntad anticipada...», cit., p. 89.

110. Los autores son reacios a permitir la intervención de terceros (incluso familiares) en un acto personalísimo como es la prestación del consentimiento, motivo por el que ratifican que no son aquí los parientes quienes deciden (v. gr., FRAGA MANDIÁN, A. y LLAMAS MENDIÁN, M.M., *El consentimiento informado...*, cit., pp. 46-47). Para ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal...*, cit., p. 184, sin embargo, su voluntad no es tampoco intrascendente, ya que obliga al facultativo a acudir a un juez en caso de discrepancias. Consideramos, no obstante, que habrá que entender que eso solo será así en la medida en que la urgencia lo permita.

111. Destaca a este respecto DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 334 y 346, que fue desafortunado el cambio de denominación de este apartado (que procede de una enmienda durante la tramitación de la ley), ya que alguno de los supuestos que contempla el precepto –precisamente el aquí analizado– no son de auténtica representación.

112. Igualmente, GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado...*, cit., pp. 81-82 o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, cit., pp. 374-375.

113. Según GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado...», cit., p. 228, aquí no actúan como representantes, sino en su función de velar por la persona necesitada de apoyo.

ello, solo aquellos sobre quienes pesan tales vínculos pueden ser aquí llamados para prestar el consentimiento que debería prestar el paciente, si pudiera.

Pasando, en segundo lugar, al contexto de la Ley de Investigación Biomédica, la interpretación propuesta se puede aplicar a una de las menciones que contiene el artículo 4.5 LIB en materia de derecho a no conocer. En concreto, puede servir para acotar quiénes son los familiares próximos a los que se debe informar en caso de que el paciente decida que no se le comuniquen datos genéticos o de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, cuando sean necesarios para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos. Dejando para más adelante cómo interpretar esa segunda expresión de «familiares biológicos», en el caso de los familiares próximos se puede encontrar el mismo fundamento ya aludido, conforme al cual el sentido de tal referente se enmarca en su potencial deber de cuidado y asistencia al sujeto fuente, motivo por el que solo se debe remitir ese deber de información a quienes quedan así vinculados conforme al principio de solidaridad familiar, sean –como dijimos anteriormente– familiares de hecho o de derecho.

Hemos de puntualizar, no obstante, que se podría entender que en este caso la acotación y limitación de los referentes de la fórmula legal («familiar próximo») debe ser aún mayor, si se considera que, del conjunto de los familiares enunciados por el artículo 143 CC anteriormente sugerido como orientación o modelo en este punto (cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, a los que habría que equiparar la pareja de hecho), se debe restringir a los «próximos». Concretamente, si la proximidad no se interpreta aquí como grado de parentesco, sino como cercanía física, podría entenderse que la ley ha restringido aún más el posible referente de la norma, lo que quedaría justificado por la posible injerencia sobre el derecho a la intimidad del sujeto fuente.

A la inversa ocurre con el segundo de los preceptos que debe analizarse respecto de esa misma norma: el artículo 21.3 LIB. Este regula un supuesto paralelo al de los artículos 9.2.b y 9.3.a LBRAP en el contexto de la realización de investigaciones sobre personas que no pueden otorgar su consentimiento a causa de su estado, cuando existe urgencia. La remisión en esos casos de la autorización de la investigación se realiza, en defecto de representante legal del paciente, a «las personas que convivieran con aquel». Esto acota de manera irrazonable el elenco de sujetos a los que puede recurrir el facultativo, por dos razones. La primera es que no hay razón que justifique aquí un criterio más restrictivo que el criterio general del artículo 9 LBRAP; en otras palabras, no viene exigido por la especialidad de la materia. La segunda es que los deberes que existen entre los familiares por razón de la solidaridad familiar no dependen de la convivencia; y, a la inversa, del mero hecho de la convivencia no surgen derechos y deberes entre los convivientes.

Ha de entenderse por tanto aquí, más bien, que el fundamento de esta referencia del artículo 21.3 LIB, como en los casos anteriores, es el principio de solidaridad familiar y que, consiguientemente, debe realizarse una interpretación correctora del tenor literal de la norma en ese sentido. Conforme a esta, por tanto, ha de entenderse que quienes

deberán autorizar esa investigación, en situación de urgencia, serán las personas vinculadas al paciente por lazos familiares o de hecho que tengan con respecto de este deberes de atención, cuidado y apoyo, de acuerdo con el principio de solidaridad familiar. El hecho de que, como se ha constatado en apartados anteriores, el legislador no sea especialmente preciso en el uso de la terminología en este ámbito del Derecho Biomédico es lo que nos permite proponer esta interpretación alternativa, más coherente con el conjunto del sistema y con el fundamento de la norma.

Ese mismo criterio está presente, finalmente, en el artículo 7.2 RD 1090/2015, que contempla igualmente la situación de urgencia, si bien en este caso en el contexto de la práctica de un ensayo clínico. Aunque la solución normativa reglamentaria mezcla también las soluciones generales de los artículos 9.2.b y 9.3.a LBRAP, toma como referentes a los mismos sujetos («personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho»). Dado que no hay razones para considerar que el fundamento de esta norma no coincida con el ya expuesto para las regulaciones paralelas, su interpretación ha de ser la misma y venir limitada por los derechos y deberes existentes entre los familiares ya identificados, de acuerdo con el principio de solidaridad familiar.

4.2.2. Las normas que toman en consideración el interés de sujetos diferentes al paciente desde la perspectiva del principio de solidaridad familiar

La acotación propuesta para la interpretación de los referentes de las normas objeto de estudio parece requerir alguna argumentación adicional cuando la perspectiva desde la que se aplica el principio de solidaridad familiar ya no es la del cuidado, apoyo o sustento espiritual que precisa un miembro de la familia en situación de vulnerabilidad, sino la de los deberes –morales o legales– que pesan sobre un sujeto frente a sus familiares, en atención de los intereses de estos segundos¹¹⁴. En esos casos, la pregunta de fondo sería la de determinar respecto de cuáles o cuántos de los parientes de hecho o de derecho está obligado un sujeto, dado lo extenso que pueden ser los vínculos familiares y de hecho.

Un correcto entendimiento del principio de solidaridad familiar lleva, a nuestro juicio, al mismo resultado y respuesta que hemos afirmado hasta ahora. En la medida en que la existencia de esos deberes se explica en el contexto de un entramado de relaciones entre los miembros del grupo familiar del que derivan igualmente los derechos para esos sujetos, puede entenderse que los deberes se manifiestan respecto de los mismos sujetos de los que se pueden exigir derechos. El equilibrio implícito en las relaciones familiares que late tras el principio de solidaridad familiar sirve, por tanto, de límite en la extensión de los deberes espirituales entre los familiares y las personas vinculadas por lazos afectivos. Una persona queda obligada por el principio de solidaridad familiar

114. En la terminología de PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro...», cit., p. 374, en el llamado «cuidado solicitud», donde las prescripciones de la ética del cuidado son más exigentes.

respecto de aquellos miembros de la familia a los que les puede exigir a su vez un comportamiento¹¹⁵. La acotación de los referentes de las normas de salud a las personas contempladas por el artículo 143 CC sigue, por tanto, siendo aquí válida.

Si aplicamos este razonamiento a los preceptos que nos quedan por analizar, el resultado es satisfactorio, aunque con una serie de puntualizaciones.

Comenzando por la regulación del artículo 12.2 LTRHA (en materia de diagnóstico preimplantacional extensivo), el criterio de limitación utilizado como orientación permite realizar una interpretación coherente que acote su amplia formulación, que permite el uso de este procedimiento con fines terapéuticos para «terceros». De hecho, la ilimitada extensión potencial de la fórmula, sin parangón en el contexto del derecho comparado, fue en su momento objeto de sorpresa y crítica por la doctrina¹¹⁶. Es destacable a este respecto el hecho de que la propia exposición de motivos de la norma se refiere de manera más acotada al uso de este diagnóstico a favor de «familiares», lo que hace pensar que, de nuevo, nos encontramos ante un caso en el que el legislador no ha hecho uso de la precisión terminológica deseable en este campo. Frente a ello, una interpretación como la propuesta puede resultar más acorde al contexto propio de este diagnóstico y a las graves consideraciones éticas que conlleva.

Nótese, no obstante, que el juego en este caso del principio de solidaridad es peculiar. En concreto, no se puede afirmar que exista en este contexto propiamente un deber de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida (que sería la destinataria de la norma) que le obligue por razón del principio de solidaridad familiar a someterse a esas técnicas para concebir a un hijo que pueda proporcionarle a un familiar o pariente enfermo el material biológico necesario para su curación. Tampoco hay un derecho por parte de los familiares afectados a exigir tal comportamiento. La idea de la solidaridad familiar opera aquí, más bien, como presupuesto legitimador de esta conducta: frente a las dudas éticas que pueda plantear este tipo de diagnóstico preimplantacional –en la medida en que la selección embrionaria puede conllevar el descarte de los preembriones no implantados y la consiguiente destrucción de proyectos de vida–, se admite ese procedimiento por el bien que puede causar sobre otros sujetos. El principio de solidaridad y la limitación propuesta permitiría reconducir a términos razonables quiénes son potencialmente esos otros sujetos cuyo beneficio contempla la norma: no cualquier persona, sino solo los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, para personas externas a este círculo familiar señalado –más todavía si entramos en las relaciones «de hecho»–, es difícil que concurren los presupuestos biológicos –la potencial histocompatibilidad– que hagan

115. Pone de relieve a este respecto, en general, PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad...», cit., p. 7, que todos somos en unos momentos receptores de cuidado y en otros, dadores de cuidado.

116. Ver al respecto MACÍA MORILLO, A., *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Madrid, 2018, p. 116 y los autores que cita en nota 244.

que tenga sentido acudir a este procedimiento. Por tanto, existe también un criterio científico que aconseja aquí acotar como se propone el ámbito de sujetos comprendidos en la fórmula legal.

Algo parecido ocurre con las restantes normas que quedan por examinar desde la perspectiva del interés de sujetos distintos al paciente o enfermo. Todas ellas, en el contexto de la Ley de Investigación Biomédica, tienen como referente a los «familiares biológicos». Su interés es el que toma en consideración el legislador para aconsejar al paciente que les informe sobre los datos genéticos averiguados (art. 47.5º), que puedan acceder a esa información tras la muerte del sujeto fuente (art. 48.2.II), que se les pueda informar en caso de grave perjuicio para su salud (arts. 4.5 y 49.2) o que puedan hacer uso de las muestras biológicas extraídas (art. 58.4). En este sentido, para ayudar al facultativo a valorar quiénes son aquellos cuyo interés se debe tomar en cuenta frente al derecho a la intimidad del paciente y su integridad física, consideramos que también puede servir de orientación el principio de solidaridad familiar en la interpretación aquí propuesta. No cualquier pariente biológico puede hacer valer estos intereses frente al paciente, sino solo aquellos respecto de los que el ordenamiento ha fijado para con él ese entramado de derechos y deberes.

Aunque potencialmente parece que realizar la acotación aquí propuesta introduce una restricción contraria al tenor literal de la norma, pues familiares biológicos no son solo los ascendientes, descendientes y hermanos –también lo son parientes en mayor grado vinculados genéticamente entre sí–, podemos acudir aquí de nuevo a la biología para reforzar y poner un punto de cordura en la potencial extensión a la que podría llevar la redacción de la norma. Genéticamente, la posibilidad de que pueda ser relevante la información que obtenga un sujeto respecto de sus genes es bastante más baja en la línea colateral (que es la aquí descartada) más allá del segundo grado, y se reduce progresivamente¹¹⁷. Esta consideración pone en perspectiva la probabilidad real de que, para esos otros «familiares biológicos», pueda ser relevante la información genética o las muestras biológicas del paciente en los sentidos regulados por las normas enumeradas. Y, a su vez, aleja la posible equiparación de intereses entre el potencial beneficio de esos sujetos y el derecho del paciente a proteger su intimidad e integridad física. Por ello, se trata de una interpretación preferible a la amplitud a la que podría conducir un entendimiento literal de los «familiares biológicos» del sujeto fuente.

117. A esto apuntan también NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión...», cit., p. 317, cuando se refieren a que los familiares del paciente pueden compartir «eventualmente» la información genética con este.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores hemos podido constatar que, en las normas que regulan el ámbito de la salud de las personas, existen diversas referencias a los familiares y sujetos vinculados de hecho al paciente o enfermo. Aunque respecto de algunas de tales menciones hemos puesto de relieve que la razón que late detrás de ellas reside más bien en el propio derecho a la autodeterminación del paciente, como sujeto que decide en última instancia sobre su salud, intimidad e integridad física, resulta plausible sostener que, en otras, es la solidaridad familiar. Si bien no se trata de la única explicación imaginable, sí es, en cambio, la que mejor da respuesta a estas referencias, tanto en los contextos en los que se toma en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra generalmente el enfermo en el contexto sanitario como en aquellos otros en los que se tienen más presentes los intereses de esas otras personas frente al paciente o sujeto fuente de un procedimiento médico.

A fin de cuentas, en comparación con otros sujetos potencialmente imaginables que pudieran entrar en contacto con el paciente o enfermo, sus parientes y allegados son los que quedan vinculados respectivamente por el entramado de derechos y obligaciones que existen en nuestro ordenamiento entre los miembros de la familia, entendida actualmente en sentido amplio; estos no solo se manifiestan en un aspecto económico, sino también en una perspectiva espiritual, como base para la prestación de apoyo, compañía y sustento anímico que pueda requerir uno de sus miembros en su condición de paciente o enfermo. Por ello, aunque escasas y asistemáticas, las menciones legales a estas personas permiten construir la teoría de que este principio está también presente en el ámbito sanitario.

Ello no solo proporciona un respaldo o apoyo al paciente o al sujeto beneficiado por la implicación normativa de esos referentes, sino que al mismo tiempo permite dar un paso más allá y proponer un criterio interpretativo para determinar quiénes son los referentes de las diversas fórmulas empleadas por el legislador en este contexto. Así, frente a la vaga e incluso contradictoria terminología que se utiliza en esta materia, la identificación del principio de solidaridad familiar como *ratio legis* de algunas de las normas analizadas permite acotar, del conjunto de familiares y sujetos vinculados de hecho al paciente o enfermo, aquellos que van a poder ser identificados realmente como deudores o acreedores frente a este. En última instancia, tal es la utilidad principal de estas páginas, como auxilio a la difícil tarea a la que se enfrentan a diario los profesionales médicos que han de interpretar y aplicar las amplias referencias normativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F., «Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado», *Actualidad civil*, 2018, N.º 9, La Ley 11309/2018, pp. 1-17.
- ALONSO OLEA, M. y FANEGO CASTILLO, F., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Madrid, 2003.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica 1(I)», *Revista Española de Drogodependencias*, 2003, N.º 28 (3), pp. 270-284.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 137-244.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V., «Los tejidos y los bancos de tejidos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 245-278.
- CAMPO IZQUIERDO, A.L., «El consentimiento informado», *Actualidad Civil*, 2012, La Ley 6098/2012, pp. 1-10.
- CASABONA MARTÍNEZ, I., GÓMEZ MARINERO, P. y DE LA CONCEPCIÓN IBÁÑEZ, M., «El coordinador de trasplantes», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 305-333.
- CASTRO BEIRÁS, A., «Información clínica», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, pp. 203-207.
- CIVEIRA MURILLO, E., «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Crítica», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, pp. 12-35.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Conclusiones», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, pp. 166-181.
- DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid, 2003.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. y SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento informado», *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000, pp. 63-165.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, 2007.
- ELIZARI URTASUN, L., «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 2016, N.º 30, pp. 337-369.
- EMALDI CIRIÓN, A., «El consejo genético en el ámbito de la reproducción humana», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 279-305.
- FRAGA MANDIÁN, A. y LAMAS MEILÁN, M., *El consentimiento informado. El consentimiento informado del paciente en la actividad médico-quirúrgica*, Pontevedra, 1999.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos de ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 2021, N.º 39, pp. 213-247.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Valladolid, 2004.
- LEÓN SANZ, P., «La práctica de informar a los pacientes y a sus familiares a lo largo de los siglos XIX y XX», *La implantación de los derechos del paciente*, Pamplona, 2004, pp. 127-150.
- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.
- MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, 2005.
- MACÍA MORILLO, A., *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Madrid, 2018.
- MARKUS, J. P., CRISTOL, D. y PEIGNÉ, J., *Dalloz-Code de la santé publique*, París, 2016.
- NAMÉN BAQUERO, J., «La obligación de información del médico en el derecho francés», *Revista de Derecho Privado*, 2008, N.º 5, pp. 181-198.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Investigación con muestras biológicas y biobancos», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 651-675.

- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ROMEO CASABONA, C.M. y DE MIGUEL BERIAIN, I., «Medicina personalizada de precisión y diagnóstico genético», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 309-331.
- OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», *Cuadernos de Bioética*, 2006, XVII, pp. 27-42.
- PARDO GARCÍA, J.B., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, pp. 293-303.
- PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho civil*, 2020, vol. VII-1, pp. 3-29.
- PAU PEDRÓN, A., «La ayuda y el socorro conyugal, y la ética del cuidado», *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías* (coordinadora Abad Tejerina), Madrid, 2021, pp. 365-376.
- ROMEO CASABONA, C.M., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, pp. 305-360.
- ROMEO CASABONA, C.M., «Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 1-81.
- ROMEO CASABONA, C.M., «Trasplantes de órganos y tejidos», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 333-360.
- ROMEO MALANDA, S., «Consentimiento informado (I)», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 87-113.
- ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, 2007.
- SÁNCHEZ CARO, J., «Responsabilidad de los profesionales», *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXII Coloquio de Derecho europeo* (editor C.M. Romeo Casabona), La Laguna, 1993, pp. 193-220.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E., «Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica», *Derecho y Salud*, 2002, vol. 10, N.º 2, pp. 157-166.

- SANCHO GARGALLO, I., «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *InDret*, 2004, N.º 2, pp. 1-24.
- SEOANE PRADO, J., «Información clínica», *Información y documentación clínica. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997*, vol. I (coordinadora Mata Barranco), Madrid, 1997, pp. 227-253.
- TERRIBAS, N., «Aportaciones de los profesionales. Visión jurídica», *Consentimiento por representación. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2010, N.º 22, pp. 132-138.
- TORRELLES TORREA, E., «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el 'mayor beneficio para la vida y salud del paciente' en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, 2022, N.º 3, pp. 76-113.
- URRUELA MORA, A., «Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar», *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos* (coordinador Romeo Casabona), Granada, 2005, pp. 335-350.
- VIVAS TESÓN, I., «Consentimiento informado (II)», *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)* (director C. M. Romeo Casabona), Madrid, 2022, pp. 115-138.
- XIOL RÍOS, J.A., «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, N.º 14, pp. 21-84.

**SEGUNDO BLOQUE:
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENTRE
FAMILIARES EN EL DERECHO DE
SUCESIONES. INCIDENCIA DE LA
AFECTIVIDAD EN SENTIDO NEGATIVO**

LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER DEL PROGENITOR QUE NO PRESTÓ ALIMENTOS: PROPUESTA DE LEGE FERENDA *1

M^º ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA²
Profesora titular de Derecho Civil
Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas
Universidad de La Laguna (España)

RESUMEN

El Código Civil español dispone que se puede desheredar al progenitor que, sin motivo legítimo, no suministró alimentos a sus hijos debiendo hacerlo. El fundamento de esta previsión legal se encuentra en una cuestión de justicia material. En este trabajo se reflexiona sobre dicha medida desde la perspectiva de los derechos del alimentista y del progenitor que asume la totalidad de los gastos en solitario –normalmente mujer–, para concluir que, de lege ferenda, debe preverse esta situación como una causa de indignidad.

PALABRAS CLAVE

Desheredación, pensión alimenticia, progenitor, incumplimiento, causa de indignidad.

* Fecha de recepción: 27-02-2024. Fecha de aceptación: 16-05-2024.

1. Este trabajo se ha realizado en el Proyecto de investigación: «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033, Ministerio de Ciencia e Innovación - Agencia Estatal de Investigación.

2. ORCID: 0000-0002-2262-2519. La autora es coordinadora del Grupo de Investigación «Derecho, persona y familia», Directora de la Cátedra Institucional de Infancia y Adolescencia y miembro del Instituto de las Mujeres de la Universidad de La Laguna.

THE UNWORTHINESS TO SUCCEED OF THE PARENT WHO DID NOT PROVIDE MAINTENANCE: PROPOSAL DE LEGE FERENDA

ABSTRACT

The Spanish Civil Code provides that a parent who, without legitimate cause, did not provide maintenance to his or her children when he or she should have done so. This legal provision is based on a question of material justice. This paper reflects on this measure from the perspective of the rights of the maintenance provider and of the parent who assumes the totality of the expenses alone -usually a woman-, to conclude that, de lege ferenda, this situation must be foreseen as a cause of indignity.

KEYWORDS

Disinheritance, child support, parent, breach, cause of unworthiness.

SUMARIO

1. Las legítimas y el incesante debate sobre la conveniencia de su mantenimiento.....	411
2. Desheredación e indignidad	415
2.1. La desheredación	416
2.2. La indignidad para suceder.....	419
3. El incumplimiento del pago de la pensión alimenticia fijada a favor de descendientes tras la ruptura familiar: una forma de «violencia económica» .	421
4. La desheredación del progenitor que no ha prestado alimentos	427
5. Propuesta <i>de lege ferenda</i>	431
6. Conclusión.....	439
Bibliografía.....	441

En nuestra sociedad actual se ha detectado un problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad (...). Estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada por la negativa del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos (...) el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran junto con la persona que los tiene bajo su guarda y custodia.

Preámbulo del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos

Cineres evitans in carbones incidit
(Aquel que evita las cenizas, cae en las brasas)

Proverbio medieval

1. LAS LEGÍTIMAS Y EL INCESANTE DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE SU MANTENIMIENTO

Desde hace ya unos años, el debate sobre el sistema legitimario y su mantenimiento, tal y como se ha venido configurando tradicionalmente, está de plena actualidad en España³. Prueba de ello son los numerosos e interesantísimos trabajos doctrinales que argumentan con solidez la conveniencia –o no– de introducir en nuestro ordenamiento la plena libertad de testar⁴, con la consiguiente desaparición de las legítimas y de quienes ahora tienen la consideración legal de herederos forzosos⁵. Existen también otras posiciones que no defienden la libertad de testar a ultranza, sino que presentan un posicionamiento que podría calificarse como intermedio, propugnando un aumento de la libertad del testador, si bien dentro de los márgenes legalmente fijados.

Por tanto, las posturas pueden reconducirse –ciertamente de una manera simplista, pero gráfica– en las tres siguientes: la primera, vendría conformada por quienes consideran que el sistema actual debe continuar tal y como está estructurado, es decir,

3. Véanse los siguientes trabajos citados por orden cronológico, entre otros muchos, PARRA LUCÁN, M. A., «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13, 2009, pp. 481-554; CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Herrero Oviedo, M. (coord.); Domínguez Luermo, A. (dir.), García Rubio, M. P. (dir.), 2014, pp. 245-270; TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar, el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, 2014; BAENA RUIZ, E., «La libertad de testar», *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, Vol. 97, 167, 2018, pp. 71-90; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Límites constitucionales a la libertad de testar», *La libertad de testar y sus límites*, Vaquer Aloy, A., Sánchez González, M. P., Bosch Capdevila, E., Madrid, 2018, pp. 7-38; VVAA, *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, Murga Fernández, J. P. (coord.), Hornero Méndez, C. (coord.); Capilla Roncero, F. S. (dir.), Espejo Lerdo de Tejada, M. (dir.), Aranguren Urriza, F. J. (dir.), Pamplona, 2019; VÁZQUEZ LEMOS, A., *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*, Barcelona, 2019; ROCA TRIAS, E., «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 24, 2020, pp. 13-46; MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar*, Madrid, 2022; CAROL ROSÉS, F., «Libertad para testar y protección del testador vulnerable», *Actualidad civil*, 9, 2023.

4. Téngase en cuenta que mientras que la libertad de testar se identifica con el poder organizar la sucesión sin interferencias ajenas, la libertad para testar se refiere más concretamente a la autorrealización en el sentido de poder expresar y conservar la voluntad testamentaria. Véase, por todos, sobre la libertad para testar y la libertad de testar, TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar...* ob. cit.; VAQUER ALOY, A., *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile, 2018. Concretamente, TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P. señalan cómo ambas están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger (p. 17 de la ob. cit.).

5. ECHEVARRÍA DE RADA, T., «El derecho a la legítima: tendencias actuales», *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Madrid, 2018, pp. 7-24.

con un sistema de legítimas y herederos forzosos, disponiendo el testador de un margen de actuación delimitado –y limitado– por la normativa; la segunda, da un paso más allá, pues defiende una modificación en el sentido de reducir las legítimas existentes –en mayor o menor medida, pero en todo caso reducirlas⁶– de manera que el testador tenga más libertad para poder decidir qué ocurrirá con su patrimonio una vez haya fallecido, precisamente en el marco de la autonomía de la voluntad que el derecho le reconoce con carácter general para autorregular sus propios intereses; y, finalmente, la tercera, que supone el cambio de sistema, por cuanto quienes la defienden sostienen que debe existir, con carácter general⁷, una libertad plena para poder testar sin vinculaciones ni limitaciones (lo que implicaría, por ejemplo, que pudiera dejarse todos los bienes a un solo descendiente o ascendiente, con independencia del grado de parentesco que los una, o bien a cualquier otra persona física o jurídica).

Huelga decir que los tres planteamientos tienen sobrados, sólidos y fundados argumentos, estando consecuentemente la doctrina civilista dividida y adscribiéndose ilustres juristas a cada uno de estos posicionamientos pese a que, como se ha visto, son diferentes. Además, a nivel de derecho comparado puede encontrarse debates similares, observándose una cierta evolución en la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros hacia la mayor libertad para ordenar la sucesión, aunque esta no se haya implementado aún de manera plena en todos ellos. Como apunta CABEZUELO ARENAS⁸, tanto detractores como defensores coinciden en dos puntos: el primero es que la legítima de los descendientes posee una dimensión que se ha tornado desproporcionada; y, el segundo, que la legítima de los ascendientes, reducida ya en el derecho foral, no tiene razón de ser.

La cuestión es de una trascendencia práctica relevante a la par que compleja, lo que conlleva, incluso, que se pueda estar de acuerdo con parte de algunos de los argumentos que se defienden desde una postura a la vez que los de las otras, según sea la posición y análisis desde el que se enfoque la situación. Estos interesantísimos planteamientos no dejan a nadie indiferente, reflejando claramente que el derecho es –o al menos debe serlo– fruto de lo que la sociedad en cada momento considera como adecuado y justo, lo que implica evidentemente que ha de tenerse presente la evolución y los cambios

6. En este grupo existen también diferencias, destacando las que separan a quienes consideran que la legítima debe seguir satisfaciéndose con bienes hereditarios (y, excepcionalmente, en metálico) de quienes, por el contrario, desearían transformar la legítima en un mero derecho de crédito.

7. En este sector, incluso en el marco de la propia Comisión de Codificación, se ha planteado la posibilidad de prever un sistema de una legítima asistencial, es decir, que la solidaridad familiar operaría en este contexto en lo que respecta a la prestación de alimentos cuando ello realmente proceda. Véase, en este sentido, MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar...* ob. cit.

8. CABEZUELO ARENAS, A. L., *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853.2 CC), Valencia, 2018, pp. 16-17.

sociales de percepción que se van produciendo, para que no haya un gran desfase entre la realidad social y la jurídica⁹.

Pero tampoco es sencillo delimitar qué entiende como adecuado en lo que respecta a la libertad de testar, en la actualidad, la sociedad española. Las respuestas dependen, en gran medida, de la posición desde la que uno se plantee los interrogantes: si se responde partiendo de que se tiene la condición de «legitimario» lo más probable es que la persona se posicione claramente a favor de las legítimas y, por el contrario, si nada se espera heredar ya, es más probable que la defensa que se llevará a cabo será la de la libertad de testar. No obstante, no sería improbable que, si ya se heredó conforme a este sistema, se pueda estar incluso condicionado por tal circunstancia. Además, es frecuente que no se mantenga una postura homogénea, sino que se cambie de opinión: los hijos e hijas que esperan heredar llegarán a convertirse en testadores y, probablemente, querrán poder decidir en libertad¹⁰.

Sentado lo anterior, es interesante llevar a cabo el análisis de la problemática expuesta desde una perspectiva más ambiciosa y general que, si se analiza con detenimiento, es lo que subyace en las tres posiciones señaladas: la existencia o no de unas óptimas relaciones familiares entre las partes (testador/heredero forzoso). De esta manera, nada impide que aun existiendo plena libertad para testar se otorgue testamento, por ejemplo, a favor de quienes hoy tienen la condición legal de herederos forzosos. Esto ocurrirá cuando existan relaciones familiares adecuadas, a juicio de quien teste, pero no será el caso cuando las relaciones sencillamente no existan o sean malas. También cuando concurren otros condicionantes externos, como, por ejemplo, que se considere que un hijo está muy bien posicionado económicamente frente a otro. En este sentido, una pregunta recurrente que puede plantearse en este ámbito es la base sobre la que se asienta la legítima en la actualidad: ¿entronca pura y exclusivamente en el vínculo de parentesco –que une a testador con sus herederos forzosos– o bien, además de existir este, se presenta bajo la suposición de que existe un deber basado en el principio de solidaridad familiar de dejar los bienes a los parientes? ¿Acaso se enmarca en la existencia de un vínculo afectivo entre testador y herederos? La experiencia nos dice que, aunque lo habitual y más frecuente es que dicha relación afectiva exista, se está ante una regla general que admite numerosas excepciones¹¹. En definitiva, hoy en día, la libertad para decidir quién tendrá los propios bienes se traducirá en lo que en cada momento estime adecuado la persona que testa y, con seguridad, la distribución por la que se opte reflejará la existencia de buenas o malas relaciones familiares con

9. Se está ante la «dependencia social del derecho», WRÓBLEWSKI, J., «Cambio del Derecho y cambio social», *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 1(12), 1993, p. 124.

10. También a la inversa pudiera darse el caso.

11. No se está pensando en situaciones graves ya recogidas legalmente como causas de desheredación, sino sencillamente por querer que un heredero forzoso no herede, por ejemplo, por falta de afecto o cariño.

descendientes, ascendientes y resto de parientes. En realidad subyace, a mi modo de ver y en palabras de RUBIO GARRIDO¹², un verdadero terremoto (*sic*) procedente de la deconstrucción del derecho de familia tradicional. Como afirman TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO¹³, «la íntima relación entre Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia que siempre ha existido se mantiene en la actualidad, pero necesariamente el cambio de paradigma sobre lo que significa la familia o las familias y las relaciones entre sus miembros ha de conllevar también algunos cambios significativos en el Derecho de Sucesiones, al tiempo que algunos temas clásicos de esa relación siguen apareciendo en la actualidad de modo reiterado».

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador ha tenido en cuenta, desde antaño, algunos mecanismos correctores para evitar que se ocasionen situaciones a todas luces injustas. Al efecto existen dos importantes mecanismos de control, diferentes y a la vez cercanos, que tienen un régimen jurídico individualizado en el Código Civil (en adelante, CC). Con ellos se pretende evitar la aplicación inexorable de la normativa imperativa que aún rige en el ámbito sucesorio, donde como es sabido hay muchas normas indisponibles para el causante. Se trata de la desheredación, por un lado, y de la indignidad¹⁴, por otro.

12. RUBIO GARRIDO, T., *Fundamentos del derecho de sucesiones*, Madrid, 2022, p. 633. Este autor refiere el cambio de presupuestos sociológicos en el marco de las relaciones familiares que deja fuera de juego los aspectos más fundamentales del derecho sucesorio.

13. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar... ob. cit.*, pp. 157-158.

14. Es cuestionable el uso de esta expresión, pues pareciera afectar a la misma dignidad de la persona en una primera aproximación. De esta manera, pudiera concluirse erróneamente que quien incurre en causa de indignidad «no tiene dignidad», algo que no es así. Como es sabido, la dignidad de la persona es intrínseca a la misma, por lo que pudiera ser más adecuado el empleo de otra terminología para hacer referencia a este tipo de causas. Una podría ser la de «incapacidad para suceder», pero en mi opinión, tampoco es la óptima, pues haciendo un paralelismo con la exposición anterior, pareciera ahora que la persona «no tiene capacidad». En cualquier caso, dado que esta cuestión excede del objeto del presente trabajo y que el empleo de la expresión «causa de indignidad» es, a día de hoy, la terminología que utiliza el CC, la emplearé a la par que dejo apuntado que ha de llevarse a cabo una seria reflexión para sustituirla, en una futura reforma, por otra más respetuosa con la dignidad de la persona.

2. DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD

Como es conocido, estas dos instituciones impiden –si se dan los presupuestos legalmente previstos– que se reciba la herencia cuando la persona *a priori* tiene derecho a ello. Ambas están, en cierta medida, relacionadas entre sí, pero cuentan con distinto régimen jurídico¹⁵. Básicamente se diferencian¹⁶, a grandes rasgos, en lo siguiente.

La *desheredación* implica la realización de un acto personalísimo expreso y voluntario del causante (por lo que, lógicamente, ha de llevarlo a cabo en vida), basado en una causa legalmente prevista (art. 848 y ss. CC) en aras a evitar que uno de sus legitimarios herede¹⁷. Por su parte, la *indignidad* implica una sanción civil que, por su mera existencia, genera una «incapacidad» para suceder¹⁸: la ley impide a ese heredero (incluso tras la muerte del causante) recibir la herencia –sin que sea necesario que la haya señalado aquel en vida, que pudo muy bien haber fallecido sin conocerla–, debiendo alegarla el resto de los herederos¹⁹.

Nótese que la *desheredación* se plantea en el ámbito de quienes tienen la condición de legitimarios y la *indignidad* se presenta frente a cualquier heredero. Esto es coherente en la medida en la que la desheredación precisa de un acto formal del causante (testamento ex art. 849 CC). Esta diferencia –es decir, que en un caso se trate de

15. En otros ordenamientos jurídicos se han unificado (tal es el caso de Francia e Italia). De hecho, una parte de la doctrina española se muestra favorable. GARCÍA RUBIO lo explica con maestría: «(...) a pesar de tratarse de instituciones distintas (STS de 7 de marzo de 1980) son muchas sus concomitancias, como su carácter relativo a un determinado sucesor, el que con ligeros matices todas las causas de indignidad lo son también de desheredación (a pesar de la descoordinación que ha ocasionado la LJV de 2015, al no ajustar las referencias numéricas al art. 756 CC en los preceptos relativos a la desheredación, descoordinación que deriva ya en pura incoherencia, al derivarse de la remisión causas de desheredación de quien ni siquiera es legitimario), que ambas figuras pueden llegar a coexistir en un mismo supuesto, que el fundamento que subyace en ellas es muy similar y que también la indignidad produce la privación de la legítima (para el indigno ex art. 761 CC; véase STS de 28 de febrero 1947)». GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo 756 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), vol. II, 2016, p. 632.

16. Véase, sobre las diferencias, entre otras muchas, la STS (Sala de lo Civil) de 7 de marzo de 1980 (RJ 1980\1558).

17. No es necesario detallar en la disposición testamentaria de desheredación las circunstancias específicas, pero sí alegar la causa, pues de lo contrario se estaría ante lo que ha denominado «desheredación injusta» ex art. 851 CC. En este sentido, lo recoge la STS (Sala de lo Civil) de 15 de junio de 1990 (RJ 1990\4760).

18. Véanse, por todos, GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (dir.), *Tratado de sucesiones*, t. I, 2016, pp. 235-288.

19. Véase la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Jaén (Sección 1ª), N.º 245/2014, de 12 de junio (JUR 2014\205981).

legitimarios y en otro de cualquier heredero– ha de tenerse presente, pues es algo que, en ocasiones, tienen en cuenta los tribunales²⁰.

2.1. La desheredación

Llevar a cabo la desheredación de un legitimario es una facultad del causante, en el ámbito de la sucesión testada, para evitar que le herede (art. 807 CC)²¹, sin que afecte a su vez a los descendientes de este ex art. 857 CC²² –aunque es cierto que doctrinalmente se discute si afecta o no a la mejora–. De esta manera, pierde el derecho a solicitar lo que por legítima le correspondería. No obstante, no despliega sus efectos sin más por haberla recogido *ab initio* formalmente en el testamento de manera correcta, porque pueden darse distintas vicisitudes con posterioridad. Así, es posible que el testamento sea revocado, que sea declarado nulo o, lo que es relativamente frecuente, que llegado el momento el desheredado niegue la causa que alegó el causante para desheredarle²³. En estos casos, aunque hay una presunción a favor de que la causa es cierta, esta es *iuris tantum*, debiendo el resto de los herederos probarla (art. 850 CC)²⁴.

20. Véase, con relación a este extremo, si bien en otro ámbito, VAQUER ALOY, A., «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVIII, 2015, fasc. II, p. 367 y ss.

21. Aunque la opinión mayoritaria considera que la desheredación ha de ser total, se discute si puede ser parcial o, incluso, si podría quedar sometida a condición. Véase, sobre este debate, ALGABA ROS, S., «Comentario al artículo 848 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), vol. II, 2016, p. 997. El CCCat., por su parte, no permite la desheredación parcial ni condicionada (art. 451-18 apdo. 2).

22. Véase la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) N.º 384/2019, de 2 de julio (RJ 2019\3141).

23. La acción para impugnar la desheredación que se considera injusta prescribe a los cuatro años desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el contenido del testamento: STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), N.º 492/2019, de 25 de septiembre (RJ 2019\3677).

24. Véase la STS (Sala de lo Civil), de 31 de octubre de 1995 (RJ 1995\7784). Por su parte, la SAP de Islas Baleares (Sección 3^a) N.º 134/2000, de 28 de febrero de 2000 (AC 2002\686) recoge un supuesto en el que no se ha considerado acreditado que se negaran alimentos. Lo argumenta en su FJ 3^o de la siguiente manera: «Entrando en el estudio de la cuestión de fondo propiamente dicha, la existencia de causa legal de desheredación negada por el desheredado, se afirma por los recurrentes que la juzgadora de instancia no ha valorado correctamente las pruebas obrantes en autos al concluir no acreditado ni el estado de necesidad del causante, ni el requerimiento de alimentos ni la negativa injustificada de darlos por parte del legitimario. Pues bien, se olvida que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de los órganos judiciales y no de las partes que litigan, a las que está vedada toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo de los Jueces por el suyo propio, dada la mayor subjetividad de aquéllas por razón de defender sus particulares intereses –SSTS de 1 de marzo de 1994 y 3 de julio de 1995, por todas–; y en el caso de autos la valoración que hace de la pruebas practicadas la Juez «a quo» es del todo correcta al sentar que no se estima acreditado el estado de necesidad del causante por percibir desde el año 1976 una pensión de la Seguridad Social y ser propietario de al menos cinco fincas rústicas y una urbana que fueron objeto de donación en favor de su nuera y nietos en la misma fecha que

El hecho de que haya unas causas tasadas para desheredar, dado el sistema de legítimas, también ha sido cuestionado. En ocasiones en la práctica, como ha señalado REBOLLEDO VARELA²⁵, se produce una «desheredación de hecho» que, en definitiva, consiste en despatrimonializarse en vida –siendo lo más habitual mediante la celebración de donaciones²⁶– para que cuando llegue el momento de la sucesión, no haya bienes que repartir²⁷.

El art. 852 CC dispone que son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, así como las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el art. 756 apdos. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. En general, se recogen unas causas específicas para desheredar a los descendientes²⁸ y otras para los ascendientes. Estas últimas son las siguientes –además de las señaladas en el art. 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, conforme recoge el art. 854 CC–:

1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 170.

2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

otorgó testamento desheredando a su otro hijo por negarle alimentos, siendo los propios testigos propuestos por los demandados los que afirman rotundamente que el demandante propuso a su hermano diversas soluciones para contribuir a los cuidados necesarios de su progenitor tras el accidente, tales como trasladarlo a su domicilio en Barcelona o pagar una asistenta social que le prestara los cuidados necesarios, todas ellas rechazadas por su hermano, todo ello sin olvidar la ayuda económica prestada a su padre, conjunto de pruebas que evidencian la inexistencia de la causa de desheredación invocada en el testamento de haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre –art. 853.1º del CC–, cuya prueba ciertamente incumbía a los demandados herederos y no al desheredado y ser de interpretación restrictiva de manera que, como dice la STS de 19 de diciembre de 1988, si no se da la causa legal tipificada y se prueba, la cláusula testamentaria conteniendo la desheredación es ineficaz debiéndose estar a lo dispuesto en el artículo 851 del Código Civil».

25. REBOLLEDO VARELA, Á. L., «El legitimario ante la desheredación de hecho», *Aranzadi civil: revista quincenal*, 3, 1995, pp. 125-172.

26. Al respecto hay que tener en cuenta que, si se dieran los presupuestos, se aplicaría lo previsto en los arts. 819 y ss. CC con relación a la reducción de donaciones por inoficiosas.

27. Esta práctica no es infrecuente, pues trata de evitar conflictos entre las personas llamadas a heredar. Un ejemplo podemos encontrarlo en la subasta que llevó a cabo el famoso actor Alain Delon de todo su patrimonio: en una entrevista a *Paris Match* en 2018, declaró que «quería dejarlo todo resuelto antes de su muerte para evitar una guerra entre hermanos». Véase la noticia en: <https://headtopics.com/es/el-actor-alain-delon-subasta-su-patrimonio-para-evitar-una-guerra-entre-sus-hijos-por-la-herencia-40849918> (fecha de última consulta: 3 de febrero de 2024).

28. El art. 853 CC dispone que, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2, 3, 5 y 6 CC, son causas de desheredación: 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

3.^a Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Desde luego, una valoración conjunta de estas causas para desheredar a los padres, madres y ascendientes revela que todas ellas parten de situaciones gravísimas: la pérdida de la patria potestad se produce solo en supuestos extremos (art. 170 CC), siendo relativamente infrecuentes en la práctica²⁹; también lo es, lógicamente, que uno de los progenitores haya atentado contra la vida del otro³⁰.

29. En este sentido, PÁRAMO DE SANTIAGO, C., «Causa de indignidad para suceder de padre que no atiende a sus obligaciones alimenticias respecto de su hijo», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 209, junio, 2018, p. 158. Concreta que debe concurrir tanto la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, como la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

La reciente STS (Sala de lo Civil) N.º 106/2024, de 30 de enero (JUR 2024\40724), refleja claramente la excepcionalidad de la privación, total o parcial, de la patria potestad. La sentencia privó de la patria potestad al padre, fundamentándolo de la siguiente manera: «La sala no comparte el criterio mantenido por las sentencias de instancia, que crean una situación de incertidumbre e inseguridad sobre los supuestos en los que la madre (o los terceros que se relacionaran con ella) deberían oír al padre para conocer su opinión, en decisiones que afectan al menor, lo que en nada redundaría en su beneficio. Permitir de esta manera abierta y difusa que interfiera en el ejercicio de la patria potestad a quien se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (lo que tuvo lugar el NUM000 de 2013 hasta la actualidad, cuando el niño tiene ya diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco este tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés» (FJ 4º, pfo. 3º).

30. Del tenor literal del precepto se desprende que basta con haber atentado contra la vida, sin que sea necesario que efectivamente haya muerto el otro progenitor o ascendiente. Estos supuestos pueden darse en dos casos diferentes: que sea la propia víctima (art. 855 4º CC) o bien descendientes. En el primer supuesto, el acercamiento o reconciliación pudiera llegar a tener esos efectos entre las partes implicadas (esto es, los cónyuges, cuando uno intentó matar al otro), valorando caso por caso y siempre con una interpretación amplia, a mi modo de ver, dada la gravedad de lo que ha ocurrido. Ahora bien, hay una importante excepción: que se trate de violencia de género. En estos supuestos, dicha reconciliación, aun formalmente lograda, deviene prácticamente en todos los casos imposible (aunque aparentemente se lleve a cabo) en atención al funcionamiento del denominado «ciclo de la violencia» que existe en una relación de este tipo. En el segundo supuesto, no considero procedente que no se pueda desheredar a esa persona que ha intentado matar a otra por más que ambas –quien atentó y quien fue víctima– se han reconciliado: es el descendiente el que va a proceder a la desheredación –y no la víctima–, de manera que es perfectamente posible que, en modo alguno, esté de acuerdo con esa pretendida «reconciliación» dada la gravedad de lo ocurrido (intentar matar a una persona). Por tanto, no puede tenerlo, en mi opinión, dada la gravedad de los hechos de los que se está hablando, con otras personas de la familia que pueden estar afectadísimas por la situación vivida y, en modo alguno, pensar siquiera en que sus bienes pudieran

Por supuesto, el previsto en segundo lugar –que es objeto de estudio en este trabajo– no puede ser tildado de más benévolo: haber negado los alimentos a sus hijos, hijas o descendientes sin motivo legítimo. El propio Tribunal Supremo³¹ ha señalado, con carácter general, que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. No estamos, por tanto, ante algo menos grave si se tiene en cuenta su fundamento y, sobre todo, las terribles consecuencias prácticas en el día de las personas que se ven afectadas por ese incumplimiento: por un lado, la descendencia con derecho a ella y, por otro lado, el progenitor o progenitora que acarrea en solitario con todos los gastos³².

2.2. La indignidad para suceder³³

La indignidad sucesoria se ha venido configurando tradicionalmente como una sanción civil aplicable al heredero o legatario que ha mantenido una conducta reprobable con el causante. En la actualidad, la indignidad viene prevista por la ley tanto para la sucesión testada como la intestada. El legislador parte del incumplimiento de importantes deberes jurídicos, o incluso de la comisión de graves ilícitos penales, que la persona considerada indigna cometió para con el causante. Por tanto, no es una cualidad personal: no se es indigno para heredar a distintos causantes sino solo frente a aquellos para con los que se ha incurrido en una causa legalmente prevista³⁴.

acabar en manos de quien actuó de tal manera con su familiar. De esta manera, considero que esta norma ha de modificarse en el sentido indicado.

31. Véase la STS (Sala de lo Civil) N.º 184/2001, de 1 de marzo (RJ 2001\2562).

32. Puede distinguirse, a su vez, entre los hijos e hijas menores de edad y quienes ya han alcanzado la mayoría de edad, pues la base jurídica en la que se sustenta la obligación alimenticia difiere: en el primer caso, deriva de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 154 CC), mientras que en el segundo, de la obligación de prestar alimentos entre parientes (art. 142 CC), con lo que ello implica, al atenderse en este segundo supuesto a los presupuestos de la necesidad y de posibilidad. Nótese que es muy particular esta diferenciación en lo que a la realidad práctica ser refiere, porque salvo que la fijación del pago de alimentos tenga lugar tras la mayoría de edad del hijo o hija, lo habitual es que la fijada inicialmente cuando se es menor, permanezca exactamente igual cuando se cumplen los dieciocho años si se continúa estudiando.

33. Véase, sobre su origen, razón de ser, etc., por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo ...», ob. cit., pp. 628-638. También es muy interesante, desde el punto de vista histórico, el trabajo de MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., «Sentido histórico de la indignidad para suceder», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 70, 622, 1994, pp. 1071-1148.

34. De esta manera, es posible que una persona declarada indigna para heredar de un causante no lo sea para heredar de otro, incluso estando unidos por vínculos de parentesco, por ejemplo.

Conforme al art. 756 CC, son incapaces de suceder por causa de indignidad las personas que han incurrido en distintas situaciones, gravísimas todas ellas³⁵, tales como el haber atentado contra su vida, haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad sexual, etc. Las causas de indignidad operan *ope legis* –excepción hecha de aquellos supuestos legalmente previstos en los que se precisa una sentencia–. No obstante, pese a existir conforme la ley la prevé, no desplegará sus efectos si el causante la conocía a la hora de otorgar testamento y guardó silencio al respecto (perdón tácito) o bien si, de manera expresa, la remite en documento público (art. 757 CC).

Tampoco es infrecuente que la persona indigna se muestre disconforme con tal calificación hacia su persona, en cuyo caso tiene cinco años de plazo para acudir a un proceso judicial donde se analizará si la indignidad existe como tal o no³⁶.

35. Concretamente, según señala el precepto, quien fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes; quien fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada, y también el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo; quien hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa; el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando esta no hubiera procedido ya de oficio; el que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo; el que por iguales medios impidiera a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior; y las personas con derecho a la herencia de una persona con discapacidad que no le hubieren prestado las atenciones debidas.

36. ROMERO COLOMA, A. M., «La indignidad para suceder y su problemática jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, 92-93, 2014, pp. 101-120.

3. EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA A FAVOR DE DESCENDIENTES TRAS LA RUPTURA FAMILIAR: UNA FORMA DE «VIOLENCIA ECONÓMICA»

Tras la crisis familiar –ya sea de una pareja de hecho o bien de un matrimonio– con descendientes menores de edad –o mayores formándose– es preceptivo, con carácter general (salvo en algunos casos de custodia compartida), fijar una pensión alimenticia. Esta pensión es obligatoria y proporcional a la capacidad económica de quien la presta así como a las necesidades de quienes la reciben. La pensión, en definitiva, no es otra cosa que una suma de dinero que debe ser abonada en plazo habitualmente al progenitor custodio o directamente al mayor de edad, en su caso. Se establecerá en la sentencia de divorcio, de medidas de hijos e hijas o en el convenio regulador cuando haya mutuo acuerdo.

Por su parte, el progenitor que la recibe cuenta con ese importe para cubrir los gastos ordinarios del día a día, además de –como es habitual pactar o fijar, según sea el caso– el cincuenta por ciento de los que tengan la consideración de extraordinarios. Por la propia naturaleza de la pensión, no se trata de cantidades cuya entrega pueda ser diferida en el tiempo a voluntad de quien la debe, ni siquiera en atención a su oportunidad, ya que la finalidad del establecimiento de esta obligación tiene un objetivo loable e ineludible: satisfacer las necesidades del día a día de las personas a cuyo favor se determina que son menores o mayores jóvenes aún en periodo de formación. Precisamente por ello, este tipo de pensiones alimenticias se fijan habitualmente de manera periódica³⁷, de manera inexorable, debiendo abonarse también, si fuera el caso, el importe mensual cuando los hijos o hijas pasen el mes de vacaciones con el obligado al pago.

Puede afirmarse, sin temor a error, que en España se puede llegar a saber con facilidad, mediante las estadísticas oficiales del Consejo General del Poder Judicial, cuántas pensiones alimenticias se fijan, pero no se tiene constancia alguna de las que efectivamente se cumplen y, por consiguiente, de cuántas se incumplen, ya que no todos los deudores que incumplen son demandados o denunciados. No existen, por tanto, datos estadísticos reales de los incumplimientos, siendo seguramente este uno de los motivos por los que el derecho no ha prestado especial atención al problema analizado en este trabajo. Sin embargo, pese a esta ausencia de datos reales, es *vox populi* que muchas de estas pensiones, tan importantes, no se abonan o bien no se entregan en plazo –ya sea total o parcialmente–. El incumplimiento es algo mucho más generalizado de lo que pudiera pensarse, no solo en España, sino en prácticamente en cualquier país³⁸, siendo también muy frecuente que no se abone lo debido no «por no poder», sino

37. A diferencia, por ejemplo, de la pensión compensatoria que puede ser perfectamente determinada mediante la entrega de una cantidad única.

38. Esto puede ser fácilmente constatable con simples búsquedas jurisprudenciales en el ámbito de cada país, hasta el punto de que en algunos se han llegado a articular los mecanismos más inverosímiles, al menos para un jurista español, para propiciar el ansiado cumplimiento. En Argentina,

«por no querer», en la medida en la que en muchos casos que se judicializan se constata que se tienen suficientes recursos.

Por ello, en España se ha creado un sistema³⁹ para evitar el desamparo que genera el incumplimiento, mediante la aprobación del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Su

por ejemplo, ya es frecuente que se dicten resoluciones judiciales que limiten derechos del progenitor incumplidor en otros ámbitos completamente diferenciados. Una resolución judicial reciente la encontramos en la siguiente: Corrientes, O. M. G. C/V. G. L. D. S/ALIMENTOS, n° 18620, de 14 de febrero de 2024, en la que la actora solicitó al Juzgado la prohibición, con habilitación de días y horas inhábiles y habiéndose constatado con el resumen de movimientos de la cuenta bancaria, que desde que se fijaron los alimentos provisorios y aun habiéndose ordenado la inhabilitación de su carnet de conductor, el demandado no ha cumplido cabalmente con el pago de los mismos, ya que los importes depositados no ascienden a las sumas de dinero ordenadas, lo cual resulta en la vulneración de derechos de sus hijos menores de edad y el incumplimiento de una orden judicial, que amerita el dictado de una medida que logre conmovir la conducta adoptada y le permita tomar conciencia de la imperiosa necesidad de sus hijos de recibir el dinero para solventar los gastos diarios como ser alimentos, vestimenta, útiles escolares, esparcimiento, etc. Ante tal petición, la resolución dictamina lo siguiente: «(...) como tutela preventiva las medidas cautelares genéricas se utilizan para neutralizar o impedir perjuicios y/o atenuar los efectos de aquellos que se encuentran en vías de ejecución. Este derecho a la prevención, adquiere mayor relevancia cuando se trata de la afectación de los derechos de los niños, por su mayor grado de vulnerabilidad y es responsabilidad del Estado adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los mismos, removiendo todos los obstáculos y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos para el acceso a una vida digna. Pero independientemente de ello, los primeros responsables de garantizar la vigencia de los derechos de los niños son sus padres, quienes por medio del ejercicio de sus obligaciones parentales deben arbitrar todos los medios a su alcance para que el niño tenga un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En ese entendimiento, considero que resulta procedente la medida cautelar solicitada por la representante de la actora y ordenar la prohibición del Sr. L. D. V. G. de desfilar en la comparsa “Ara Bera” y de ingresar al Corsódromo “Nolo Alias” a fin de garantizar el cabal cumplimiento por parte del demandado y hasta tanto se acredite en la causa el pago total de los alimentos provisorios adeudados. (...). Asimismo, de las constancias de la causa se advierte que el demandado ha sido efectivamente notificado del monto que debe abonar en concepto de alimentos provisorios, sin embargo, no ha dado cumplimiento de modo integral. Respecto al peligro en la demora no es otra cosa que la urgencia que irroga el desarrollo de la vida cotidiana y la cobertura de las necesidades básicas: vestirse, alimentarse, esparcirse, educarse, etc. Entiendo que no merece mayor abundamiento cuando es claro que este tipo de necesidades no admite dilación alguna en término genéricos, pero aún menos cuando se trata niños, niñas y adolescentes (...). Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/uploads/0000054854-original.pdf> (fecha de última consulta: 17 de febrero de 2024).

39. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, disposición transitoria décima primera.

interesante Preámbulo constata la existencia de estos incumplimientos como algo muy generalizado⁴⁰.

Pese a lo señalado, lo cierto es que para el progenitor custodio de hijos o hijas menores de edad⁴¹ –que habitualmente es una mujer, lo que ha de ser también ponderado como una forma más de la desigualdad real, que no formal, que experimenta en distintas facetas de la vida–, esta situación se le presenta en el siguiente escenario fáctico-jurídico:

- en un primer momento, va a tener que asumir en solitario todos los gastos con sus propios ingresos, lo que puede conllevar situaciones gravísimas si se tienen varios hijos e hijas y/o pocos recursos económicos, pudiendo llegar a su vez a incumplir otras obligaciones personales con sus acreedores (tales como pago del préstamo hipotecario, préstamos personales, comunidad de propietarios, etc.) lo que le generará a su vez costes cuantiosos que serán difíciles de delimitar, al menos inicialmente, para poder reclamarlos también;
- antes de decidir la interposición de cualquier acción judicial, podría solicitar una mediación para intentar –vía esta forma de resolución de conflictos– un acuerdo y, consecuentemente, el cumplimiento de la obligación por el progenitor incumplidor y evitar el litigio;
- de no ser posible la mediación podría, también de manera extrajudicial, llevar a cabo un requerimiento fehaciente (piénsese en un burofax con certificado de contenido y acuse de recibo) en el que se le reclame lo debido y, en su caso, se avise de la futura interposición de las acciones que legalmente le amparan, de no cumplir en el plazo que se considere oportuno fijar;
- si se inicia una acción judicial, será el progenitor custodio el que deba interponerla cuando los hijos e hijas sean menores de edad y, en caso de que fueran mayores de edad, serán estos los que tengan legitimación para ello.

40. Entre otras muchas cuestiones, señala lo siguiente: «El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos surge así para garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central para determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica que justifican la concesión de anticipos por el Fondo. Serán beneficiarios de los anticipos que conceda el Fondo los hijos e hijas menores de edad titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado. Junto a ellos, serán también beneficiarios los hijos e hijas mayores de edad discapacitados cuando concurren idénticas circunstancias de insuficiencia económica de la unidad familiar en la que estén integrados».

41. Prácticamente al mismo escenario se enfrentan los hijos e hijas mayores de edad que aún estudian, si bien, en esos casos, contarán económicamente con el apoyo de progenitor con el que conviven.

Llegados a este punto, hay que recordar que la deuda debida por este concepto tiene carácter preferente sobre otras, si bien primero ha de contarse con una sentencia firme, existiendo distintas medidas para condenar al incumplidor en cada caso⁴². En este sentido, pueden ejercitarse acciones civiles (demanda de ejecución de la pensión de alimentos) o penales⁴³.

Este sería el devenir previsible, es decir, lo que el sistema entiende que ha de ocurrir si no se abonon los alimentos debidos: el progenitor que tiene a su cargo a los hijos e hijas, ha de actuar e interesar –judicialmente– el amparo de sus derechos, con todas las consecuencias jurídicas que pudiera acarrear para el deudor. Pero lo cierto es que, en la práctica, en muchas ocasiones pese a demandar judicialmente y contar con una resolución judicial ejecutiva a favor, no se consigue el efectivo abono de las cantidades debidas, algo que pone de manifiesto el propio legislador, lo cual es sencillamente impactante⁴⁴. Este grave problema trasciende, incluso, a las personas afectadas pues constituye un auténtico conflicto social.

En cualquier caso, hay otra cuestión muy significativa desde un punto de vista práctico que merece ser reseñada: en ningún momento se especifica, normativamente, si el progenitor que impaga es un hombre o bien una mujer en la medida en la que ambos pudieran llegar a ser deudores y, por tanto, ambos podrían perfectamente incumplir. A *priori*, esto es lógico. Sin embargo, los datos ponen de manifiesto otra realidad, pues estadísticamente lo más habitual es que sea la madre la que asuma la guarda y custodia de los hijos o hijas menores de edad en solitario –o bien bajo una guarda y custodia compartida en la que aun así, se fija una pensión alimenticia que ha de abonársele a ella en atención a una diferencia de ingresos entre los progenitores–. Sigue siendo mayoritariamente la mujer la que desempeña este tipo de tareas. Así, las mujeres dedican de media muchas más horas que los hombres al desempeño de las tareas domésticas y de cuidados⁴⁵, incluso en los supuestos en los que se cuenta con una

42. El sistema, por tanto, está articulado de tal manera que se prevén, en el fondo, los mismos mecanismos de reclamación tanto para los casos en los que a uno no se le pague la renta a la que tiene derecho como arrendataria de un inmueble, por ejemplo, como para el impago de la pensión alimenticia.

43. Denuncia por el impago de pensiones con base en el art. 227 del Código Penal que, tras las últimas reformas, conlleva aparejadas penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, y alejamiento de hasta cinco años.

44. «El Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar ante todo el superior interés del menor, sufragando con cargo a los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor». Preámbulo del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

45. Véase sobre las mujeres autónomas el estudio realizado que se encuentra referido en la siguiente web: <https://bit.ly/2SoBLgN> (fecha de última consulta, 3 de diciembre de 2023), donde se recoge que «(...) el 44 % de las mujeres autónomas afirman llevar ellas solas el peso del cuidado

persona contratada, aun a tiempo parcial⁴⁶. Por ello, lo más frecuente es que sean las mujeres las que sufran, en la práctica, las tremendas consecuencias del impago de la pensión. Esto ha conllevado a que el propio Tribunal Supremo (Sala Penal) haya afirmado que el impago de pensiones alimenticias es una verdadera forma de «violencia económica»⁴⁷.

De todo lo expuesto se concluye que es imprescindible la perspectiva de género para analizar este problema: existen muchísimos casos de mujeres que no denuncian ni demandan para «evitar más conflictos» y afrontan en solitario la carga económica del sostenimiento de los hijos y las hijas, incluso en los casos en los que el progenitor deudor continúa ejerciendo el régimen fijado para las visitas y comunicaciones. Es precisamente ese deseo de no perturbar la «nueva normalidad» lo que le impide volver a judicializar su vida ni la de sus hijos e hijas (pues indirectamente conocerán de su reclamación o

de menores y/o mayores y personas con dependencia, además del desarrollo de su jornada laboral. Este porcentaje se ve incrementado hasta en un 50 % en el caso de las tareas domésticas. Frente a estos datos, únicamente el 7,4 % de los varones autónomos afirma que el cuidado de mayores y menores es responsabilidad exclusiva suya. Y un 11 % se hace cargo de todas las tareas domésticas, además de su trabajo como autónomo».

46. Puede consultarse el Informe Mujeres Cifras (1983-2023), del Instituto de las Mujeres (organismo autónomo adscrito al Ministerio de Igualdad), que, como señala en su web institucional, ofrece una panorámica, desde una perspectiva estadística, de la evolución de la mujer en España. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/Mujeresencifras_1983_2023.pdf (fecha de última consulta, 23 de diciembre de 2023).

47. La STS, Sala de lo Penal, 239/2021, de 17 de marzo de 2021, Rec. 2293/2019, fue la primera resolución judicial del TS que recogió el concepto de «violencia económica». Concretamente, señala en su FJ 4º lo siguiente: «(...) Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si esta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos». Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/29145bc4aa7ceed8> (fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2023).

Puede consultarse la nota de prensa en la web: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-senala-que-el-impago-de-pensiones-alimenticias-es-una-forma-de-violencia-economica-> (fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2023).

denuncia y ello influirá sin duda en las relaciones familiares por cómo puedan llegar a comprenderla). Además, las madres saben que una posible comunicación de impago de la pensión conllevará muy posiblemente un reproche penal, con todas las consecuencias que ello implica, lo que seguramente será una fuente de conflictos en el cumplimiento del régimen de visitas y comunicaciones fijado a favor del padre. Consideran que ello podría redundar en perjuicio de los hijos e hijas, de manera que muchas veces deciden no comunicar el impago y asumir en solitario la totalidad de los gastos de la crianza de sus hijos e hijas, con todo lo que eso implica. Se verá afectado el bienestar y las oportunidades de sus hijos e hijas, pues se reducirá su capacidad para poder afrontar múltiples actividades e iniciativas, por no hablar ya, en casos más extremos, de no tener cubiertas las necesidades básicas esenciales. Además, de manera irremediable, la madre verá mermada su capacidad económica para iniciar nuevos proyectos de vida y, sobre todo, verá cómo repercute directamente en su persona el anteponer las necesidades básicas de todos, dejando de lado las propias.

A todo ello se suma el hecho de que perfectamente puede estarse, en algunos casos, ante un supuesto de violencia de género –sea o no vicaria⁴⁸– aún no constatada: la realidad nos ofrece cada día, lamentablemente, múltiples ejemplos en los que existían situaciones de violencia no conocida ni por familiares, amistades ni por los operadores jurídicos que pudieron llegar a tener relación con la mujer a raíz de la ruptura familiar, por ejemplo. En estos casos, aún más difícilmente denunciará la mujer el incumplimiento⁴⁹.

Por todo lo que antecede es muy frecuente que, salvo que económicamente su situación sea absolutamente insostenible, sistemáticamente evitan ejercitar una acción judicial en este ámbito. Ello produce un escenario indeseable a todas luces: el sistema no detecta el incumplimiento, no hay constancia de él. Y precisamente es en este contexto y no en otro –aunque ciertamente todos los casos no son iguales– en el que hay que estudiar la causa de desheredación prevista para cuando el progenitor no ha prestado alimentos.

48. Esta es la violencia por sustitución o por interpósita persona. Este tipo de violencia se identifica por la amenaza de atentar contra la integridad –principalmente física o emocional– de los hijos e hijas menores de edad (e incluso mayores) y puede llegar a darse, como lamentablemente ya ha ocurrido, tanto en el marco de la violencia de género como de la violencia doméstica. No obstante, esta violencia por sustitución encaja a la perfección con la idiosincracia de la violencia de género.

El Pacto de Estado contra la violencia de género establece la necesidad de que deben hacerse extensivos los apoyos psicosociales y derechos laborales, las prestaciones de la Seguridad Social, así como los derechos económicos recogidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a quienes la hayan padecido, considerando –en el mismo sentido que se ha señalado– que este tipo de violencia es el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos y las hijas.

49. Ciertamente, ya hay jurisprudencia que concluye que no es necesario reclamar judicialmente los alimentos para que opere la desheredación. En este sentido se pronunció ya la STS de 20 de junio de 1959, y, más recientemente, la SAP Alicante (Sección 9ª) N.º 63/2012, de 8 de febrero (JUR 2012\169650).

4. LA DESHEREDACIÓN DEL PROGENITOR QUE NO HA PRESTADO ALIMENTOS

Lo primero que hay que tener en cuenta es que la desheredación la puede llevar a cabo el hijo o hija, pero también el nieto o nieta, bisnieto o bisnieta,... porque el Código Civil utiliza la palabra «descendientes» a la par de «hijo», de manera que no hay otra conclusión posible⁵⁰. Por otro lado, me gustaría puntualizar que, dado el tenor del art. 143 CC sobre quiénes son los parientes que se deben alimentos entre sí, no se comprende la razón por la que el legislador ha excluido a los hermanos. Ciertamente a estos, conforme al tenor literal de la norma, solo se deben los auxilios necesarios para la vida⁵¹, pero aun así perfectamente puede darse la situación de, por ejemplo, un hermano que no prestó, pudiendo hacerlo, los alimentos que su hermana le demandó y a cuyo pago fue condenado por sentencia firme. Ciertamente no serán muchos los casos que se den en la práctica –en atención a los presupuestos que tienen que concurrir para que se dé una situación de este tipo–, pero a mi modo de ver debería incluirse también esta posibilidad como tal en un futuro.

En cualquier caso, la desheredación implica un acto expreso del causante para que tenga efectos *mortis causa*. Sin embargo, es muy infrecuente que quienes tienen la condición de alimentistas la lleven a cabo formalmente. Ello puede deberse a varias razones, sencillamente porque no pueden otorgar testamento –por ser menores de 14 años–, porque aunque puedan no es habitual hacerlo –como sería el caso de los mayores de 14 y menores de 18 años–, o porque, siendo ya mayores de edad –sean de la edad que sean–, lo frecuente es hacerlo en una etapa más avanzada de la vida y no en la juventud. De esta manera, a menos que la persona tenga ya una edad, no es habitual que otorgue testamento y, consecuentemente, no desheredará a nadie. De hecho, en el ámbito de los impagos de las pensiones alimenticias de menores de edad –y también de mayores jóvenes, y en ocasiones, de quienes no son ya tan jóvenes–, lo habitual es que no hayan hecho testamento, es más, que ni conozcan que tienen esta opción⁵².

La trascendencia práctica de esta realidad implica lo siguiente: que *el progenitor que no prestó alimentos debiendo hacerlo, heredará, prácticamente en todos los casos, del hijo o hija frente al que incumplió*.

Esto conlleva que lo acertadamente previsto por el legislador, en aras a que no se produzca una situación claramente injusta –esto es, que estas personas que no han

50. Pese a que en ocasiones se haga referencia también al ascendiente distinto del progenitor, este trabajo se ha enfocado desde la óptica de este y no del ascendiente.

51. Estarán obligados, eso sí, en último lugar los que solo sean uterinos o consanguíneos, conforme establece el art. 144 CC *in fine*.

52. Así, si se produce un fallecimiento sorpresivo de un alimentista –por ejemplo, a raíz de un accidente– solo si desheredó formalmente al alimentante incumplidor, se evitaría que sus bienes pasen, en la parte que proceda en cada caso, a este.

cumplido con esta obligación no van a heredar de aquellas que se encontraban en tal situación que les fue reconocida dicha pensión–, en la práctica no se da⁵³. Por tanto, si lo que subyace detrás de la fijación de la no provisión de los alimentos debidos sin causa legítima es evitar situaciones injustas, ¿por qué hacer depender que realmente no se produzca de un acto expreso de la persona que será perjudicada?

Nótese, además, que cuando se habla del incumplimiento de una deuda alimenticia se está ante un parámetro muy objetivo y claramente medible: o la ha pagado conforme a lo previsto o no. En estos tiempos, lo más habitual es que cuando se fija una pensión de este tipo a favor de alguien, y mucho más si se trata de hijos e hijas, se señale en la resolución judicial un número de cuenta bancaria, designado por la parte, en la que ha de proceder al ingreso de las cantidades que conforman, mes a mes, la pensión alimenticia. Es sencillo, por tanto, comprobar si realmente se hicieron o no esos ingresos de la manera prevista: de no constar, existe una presunción de incumplimiento. Ciertamente esta presunción es *iuris tantum*, por lo que en caso de que el alimentante pueda probar que satisfizo lo debido de una manera alternativa y eficaz para el acreedor, ha de concluirse que cumplió. A este escenario hay que añadir que muy probablemente existan testigos y otras pruebas que puedan corroborar lo que proceda.

A continuación se refiere un ejemplo muy ilustrativo, a mi juicio, de lo que puede llegar a producirse en la práctica partiendo de la regulación actual. Imagínese que se divorcia un matrimonio que tiene en común una hija de cuatro años de edad. De mutuo acuerdo, la guarda y custodia se otorga en exclusiva a la madre, fijándose para el padre un régimen de visitas y de comunicaciones así como una pensión alimenticia que debe abonar a favor de la niña. Obviamente el divorcio produce la ruptura de vínculos jurídicos entre la madre y el padre, por lo que el padre ya no heredará nada de la madre vía sucesión intestada –ni viceversa–, algo que nadie discute ni cuestiona. Sin embargo, el padre sí puede heredar de su hija menor de edad en caso de que esta fallezca y tenga algún patrimonio. Pues bien, si la madre y la hija tienen un accidente de tráfico, falleciendo la madre en el acto y la niña al día siguiente en el hospital, se habrá dado el supuesto de que la niña heredó de su madre y, tras fallecer aquella, el heredero de todo será el padre. Esta niña nunca pudo otorgar testamento porque era menor de 14 años⁵⁴, por lo que nunca tuvo la oportunidad de desheredar a su padre (algo que tampoco pudo hacer en su nombre la madre al ser el testamento y, consecuentemente la desheredación, personalísimos). De esta manera, si el padre no había hecho frente a la pensión alimenticia incumpliendo de manera reiterada lo previsto en la resolución judicial que fijó su cuantía y régimen, heredará de su hija la totalidad de sus bienes, que

53. Sin embargo, si se les preguntara qué les parecería que lo que puedan llegar a tener, o parte de ello, si se dieran los presupuestos, pasara a ser propiedad de quien no les suministró alimentos –normalmente, como se ha visto, el padre–, dirían que les parece totalmente injusto y que cómo pueden revertir esa situación.

54. Y, como se ha señalado, aunque hubiera sido mayor de 14 años es totalmente infrecuente que menores de edad otorguen testamento.

paradójicamente serán en su mayor parte, sino en toda, los de la madre que afrontaba en solitario el mantenimiento de los gastos de la menor. Una parte de los bienes y derechos de la mujer que afrontaba en solitario el mantenimiento de la hija (y tal vez toda, dependiendo de si la madre no testó o si sí lo hizo, en qué sentido) pasarán a ser del padre incumplidor.

El resultado que se produce es a todas luces injusto, por lo que aunque es poco frecuente que un caso así se de en la práctica –ha de morir tanto la madre como la hija y además primero aquella y luego esta– es posible que suceda y basta que ocurra en un solo caso para que sea reprochable: el derecho no puede amparar que las normas propicien situaciones que se perciban como injustas para el conjunto de la sociedad⁵⁵.

A mi modo de ver, la introducción de una nueva causa de indignidad en el CC que específicamente recoja como indigno al progenitor que no ha prestado alimentos sin motivo legítimo evitaría que estas situaciones pudieran darse. Paralelamente ha de eliminarse esta causa de desheredación, en la medida en la que apenas tiene aplicación en la práctica, por todas las razones antedichas.

Ciertamente, antes de la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, existía una causa de indignidad en el Código Civil que se refería al abandono de la descendencia⁵⁶ –que sí permitía englobar esta situación como la descrita siempre y cuando se interpretara que el impago de la pensión implicaba *per se* el abandono⁵⁷–, pero la entrada en vigor de esta norma la eliminó. En la actualidad,

55. Ciertamente no se está teniendo en cuenta en este planteamiento la posible relación existente entre padre e hija, es decir, si había o no afecto entre ambos pese a no pagar la pensión alimenticia. En la actualidad, la relación afectiva es cada vez más tenida en cuenta tanto por la normativa, con carácter general, como por la jurisprudencia, por lo que *a priori* pudiera pensarse que se expone el problema de una manera simplista: si pagó es justo, y si no pagó, no lo es. Sin embargo, considero que, en este caso, la seguridad jurídica (recuérdese que tanto la madre como la hija han fallecido) y, sobre todo, una cuestión de justicia material, señala que lo realmente trascendente es tener claro que de no pagar la pensión, nada podrá heredar de su hija, si llegara ese momento.

56. Véase la STS (Sala de lo Civil) de 28 de febrero de 1947 (RJ 1947\33).

57. Nótese que es posible que no abonara la pensión, pero que sí disfrutara puntualmente del régimen de visitas y comunicaciones, tal vez de manera irregular, pero que lo disfrutara. En ese supuesto, ¿sería un abandono propiamente dicho? La respuesta probablemente sería que no. También pudiera ser que pagara parcialmente la pensión, en cuyo caso sería aún más difícil sostener un abandono en la extensión de lo que implica el mismo, máxime en atención a la consolidada interpretación restrictiva que ha de hacerse de las causas de indignidad.

La STS (Sala de lo Civil) N.º 278/1993, de 26 de marzo (RJ 1993\2394), además de recalcar la necesidad de la interpretación restrictiva de las causas de indignidad, resolvió un caso de este tipo, concluyendo que no había abandono. La argumentación se encuentra en su FJ 2º: «La segunda cuestión que se plantea (...) es la denuncia de no haberse aplicado el art. 756 del Código Civil, en orden a declarar la indignidad del padre para suceder a su hija Mercedes. Conviene recordar que cuando se produjo la separación de los padres, la hija premuerta tenía cumplidos los veinte años, era mayor de edad y estaba por tanto emancipada; el único motivo legal que, tanto en la demanda

es cierto que la norma prevé que será considerado indigno quien haya sido privado de la patria potestad (total o parcialmente ex art. 170 CC), pero evidentemente es perfectamente posible no haber abonado los alimentos debidos y, a la par, no haber sido privado de la patria potestad –algo que es bastante infrecuente que ocurra y mucho menos por simplemente constatarse que no se ha pagado la deuda alimenticia–: para privar a un progenitor de la patria potestad se requiere que queden acreditados incumplimientos muy graves que en modo alguno se circunscriben, a la luz de la jurisprudencia, en meros impagos, por más que estos causen un daño importantísimo.

Por último, y aunque este trabajo se centra en el análisis de la figura del progenitor alimentante incumplidor, no veo inconveniente que la causa de indignidad propuesta se ampliara a cualquier otro alimentante (ascendientes no progenitores) porque la situación sería igualmente injusta⁵⁸.

como en el recurso, se le achaca al padre para pedir su declaración de indignidad, es el abandono de la hija, a la que no prestaba ayuda alguna ni pasaba pensión alimenticia; en esta materia no puede dejar de reconocerse, finalmente, que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el art. 756. En el caso de autos, los hechos alegados en ningún caso suponen, ni definen, ese estado de abandono que exige la ley, ya que ni le fue concedida en la sentencia de separación de los padres pensión alimenticia alguna a la hija emancipada, ni se ha demostrado la existencia de unas necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario, ya que Mercedes era cotitular de un negocio de venta de frutas y verduras. El posible derecho a percibir alimentos viene en el Código Civil subordinado a que no concurran las circunstancias del art. 152, condicionamientos que, junto con lo establecido en el art. 146, no han sido objeto de debate en el pleito, refiriéndose las alegaciones a unas consideraciones generalizadas de tipo ético, que quedan fuera de aquellas disposiciones legales muy concretas y referidas a un motivo de incapacidad relativa para suceder».

Por su parte, la SAP de Madrid (Sección 18^a) N.º 71/2010, de 17 de febrero (JUR 2010\133449) entendió que sí lo había, fundamentándolo de la siguiente manera: «(...) la carga de probar que no existió nunca una situación de abandono por parte de Don Juan Carlos en relación con su hijo, le corresponde precisamente al demandado, puesto que no puede exigirse la prueba de hechos negativos a la parte demandante debiendo ser por tanto la parte demandada quien pruebe, justifique y acredite en qué forma se ocupó de su hijo, en qué manera colaboró a su sostenimiento económico así como a su formación moral, y nada de esto ha acreditado en modo alguno, por lo que necesariamente ha de entenderse que el hijo del demandado estuvo en una situación total de abandono en relación con su padre, lo que constituye causa clara de indignidad para suceder en cuanto que integra y constituye también motivo suficiente de desheredación».

Más recientemente, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) N.º 235/2018, de 23 de abril (RJ 2018\175), trató el concepto legal de «abandono» a estos efectos pese a haber entrado en vigor la reforma, al tratarse de un caso del año 2013.

58. No obstante, la incorporación del resto de descendientes requiere un estudio pormenorizado de dicha propuesta, algo que excede del objetivo del presente trabajo, por lo que considero más adecuado dejar meramente apuntada esta posibilidad que puede dar lugar a futuras líneas de investigación en este ámbito.

5. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Como se ha constatado, el art. 756 CC que recoge las distintas causas de indignidad para suceder previstas en el derecho español no prevé ninguna que pueda acoger el supuesto de que una persona que debió abonar alimentos hubiera incumplido su obligación, salvo con relación a lo previsto para las personas con discapacidad⁵⁹. En este sentido, sería interesante reflexionar si esa previsión para las personas con discapacidad no podría de alguna manera, ante la laguna existente en nuestro ordenamiento, englobar también a las personas menores de edad. A mi juicio, ello no es posible: esta cuestión es tan importante que no puede dejarse a ulteriores interpretaciones que, además, difícilmente podrán ser amplias si lo que se está tratando, en el fondo, es de eliminar un derecho –el que tiene inicialmente el progenitor a heredar de su hijo fallecido–.

De cara a evitar las situaciones indeseadas que pueden plantearse por esta omisión, se presenta a continuación una propuesta *de lege ferenda*: introducir una nueva causa de indignidad mediante la inclusión de un último apartado en el art. 756 CC cuya redacción podría ser similar a la siguiente:

Art. 756 CC: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad: (...) 8º. *El progenitor que no hubiere prestado alimentos debiendo hacerlo, salvo que tuviera un motivo legítimo durante todo el tiempo del incumplimiento que pudiera acreditar fehacientemente*»⁶⁰.

Al respecto puede resultar de interés tener en cuenta las siguientes consideraciones, adelantando que, por supuesto, serán los órganos judiciales quienes deban llevar a cabo la interpretación de la nueva causa de indignidad.

1ª.- Nótese que no se propone reintroducir de nuevo en el Código Civil el concepto de abandono, por cuanto el mismo realmente implica algo que trasciende a lo que significa

59. Con la excepción hecha de que se trate de una persona con discapacidad la que debía recibirlos, porque en ese caso podría quedar cubierta la situación por la causa expresamente prevista para las personas con discapacidad en el art. 756 apdo. 7º CC: «Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil». Este precepto se aplica tanto para la sucesión testada como la intestada, dado que la norma no especifica nada al respecto, a pesar de que el apdo. VII letra a) de la exposición de motivos de la ley que introdujo esta causa de indignidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad) la reservara solo para la sucesión intestada. Véase, sobre este tema, el interesante trabajo de DÍAZ ALABART, S., «La indignidad para suceder y la desheredación: algunas reflexiones tras la promulgación de la Ley (8/2021)», *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Lerdo de Tejada, M. (dir.) y Cerdeira Bravo De Mansilla, G. (dir.), 2023, pp. 197-218.

60. En cursiva, las propuestas de redacción del precepto.

el impago de la pensión alimenticia⁶¹: por supuesto que el abandono puede conllevar el impago de la pensión, pero es mucho más amplio⁶².

2^a.- Pudiera pensarse también que esta causa que se plantea *ex novo* se encuentra ya incluida en la prevista en el art. 756 2º pfo. 2º CC –«(...) el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada»–, pero, si bien en algunos casos puede ser así, no en todos. Además, se precisa la comisión de un delito y ello requiere un procedimiento que termine en una resolución judicial firme que lo disponga, algo que precisa de un inicio de acciones judiciales que, en ocasiones, no se interponen por motivos ya señalados *supra*.

3^a.- La expresión «debiendo hacerlo» puede también generar alguna duda interpretativa. ¿El progenitor solo sería indigno si existe una resolución judicial que le condena al pago de una determinada cantidad en concepto de pensión alimenticia? Por supuesto que estos casos –es decir, cuando se le ha condenado al pago judicialmente– sí entrarían en la causa de indignidad propuesta, e incluirían los supuestos de los hijos o hijas mayores de edad que no tienen un título judicial que les reconozca el derecho. Pero ¿y aquellos en los que no se ha fijado dicha pensión y hay descendencia menor de edad?

61. Como afirma PÁRAMO DE SANTIAGO: «El concepto legal de abandono incluye el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle, acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, como han expresado Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947, sin que por el contrario requiera que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió gracias al auxilio prestado por otro de los herederos, en este caso su madre, y que, además, con arreglo al apartado 7.º del precepto antes mentado bastará el incumplimiento de la obligación de darle alimentos para reputar al heredero incurso en causa de indignidad que le incapacita para suceder al causante». PÁRAMO DE SANTIAGO, C., «Causa de indignidad...», ob. cit., p. 162.

62. Por ello, también sería muy interesante rescatarlo y volver a introducirlo como causa de indignidad. Si ello finalmente se hiciera, considero que debería mantenerse también el impago de la pensión alimenticia como causa de indignidad de manera específica para que no haya lugar a dudas en la práctica –y sea imposible una interpretación contraria– de que, *per se*, un impago de la pensión a los hijos e hijas es una causa de indignidad para suceder.

Por otro lado, la normativa prevé que se pueda desheredar al progenitor –que será lo más frecuente– que no hizo frente a los alimentos debidos, pudiendo hacerlo. También prevé, actualmente, que ello pueda ocurrir frente a cualquier ascendiente que debía dichos alimentos. Sin embargo, no considero adecuado que se restrinja únicamente a los ascendientes cuando los alimentos, como tales, se deben entre parientes de distinto grado sin que tengan que ser en todo caso descendientes: los hermanos, como se ha señalado, quedan fuera de esta previsión legal. Por ello, considero que el supuesto –enfocado ya como causa de indignidad y no de desheredación– ha de ser estudiado para articularlo también para con los hermanos y hermanas.

Podrían darse cuando hay una separación de hecho perpetuada en el tiempo, ya sea matrimonio o pareja de hecho⁶³.

A mi juicio, la interpretación de la referida expresión «debiendo hacerlo» ha de interpretarse partiendo de que los progenitores han de prestar alimentos aunque no se haya judicializado la ruptura. Deben, por tanto, acordar entregar la cantidad que se considere a quien está haciéndose cargo de su descendencia menor de edad. Por ello, siempre que esto no suceda –es decir, siempre que se esté ante un incumplimiento total⁶⁴ –se habrá incurrido en esta causa de indignidad para suceder a sus hijos e hijas menores de edad, en la medida en la que el Código Civil prevé estas obligaciones *ex lege* para cualquier padre o madre, estén o no conviviendo juntos. Cuestión distinta es que ante la ruptura familiar el órgano judicial la concrete de manera exacta para que sea más fácil su cumplimiento en el día a día, además de dotar a la situación de mayor seguridad jurídica y evitar interpretaciones varias y posibles conflictos. Otra interpretación diferente a la aquí señalada sería, a mi juicio, *contra legem*, por las razones antedichas⁶⁵.

4ª.- El incumplimiento, de estar fijadas las cantidades de la deuda alimenticia en una resolución judicial, podría llegar a ser en la práctica total o parcial. Incluso podría cumplirse con la totalidad pero de forma irregular, es decir, no en el plazo judicialmente estipulado. Considero que cualquiera de estas situaciones configuraría el presupuesto para que operara la causa de indignidad propuesta.

Tal vez, solo un incumplimiento tardío pero completo (y sin que se esté ante situaciones reiteradas de retrasos habituales) pudiera llegar a ser excepcionado. También podría encontrarse en esta misma situación el hecho de que inicialmente no se abone ninguna cantidad por no estar fijada judicialmente pero que posteriormente se reintegre lo correspondiente al periodo no abonado y comience a cumplirse regularmente. Pero para ello se precisará, como es lógico, la fundamentación jurídica de la resolución judicial que resuelva cuando el *a priori* indigno se oponga.

5ª. La expresión «salvo que tuviera un motivo legítimo durante todo el tiempo del incumplimiento que pudiera acreditar fehacientemente» puede ser también objeto de interpretación. Con relación al «motivo legítimo» ha de señalarse que se sigue lo previsto

63. Este último supuesto es mucho más frecuente de lo que pudiera pensarse, pues mientras que el matrimonio está «obligado» a acudir a un proceso judicial para que se extinga el vínculo matrimonial, en la pareja de hecho esto no sucede, dándose muchos casos en los que el sistema no tiene constancia de que hay niños y niñas cuyos progenitores han roto la convivencia, por lo que ningún órgano judicial se ha pronunciado sobre cómo deben articularse las relaciones familiares en ese momento (ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas y comunicaciones, guarda y custodia, pensión alimenticia...).

64. No valdría, tampoco, el cumplimiento irrisorio, en atención a la finalidad de este pago.

65. No hay que olvidar, empero, que jurídicamente es posible mantener en ocasiones posiciones sólidas y perfectamente válidas para cada caso concreto, aunque sean en cierta forma incluso antagónicas.

hasta el momento por el Código Civil en el ámbito de la desheredación del progenitor que niega los alimentos a sus hijos o descendientes (art. 854.2^a CC), pues no se podrá desheredar a aquel que no los prestó si tenía un motivo que le legitimara para ello. Obviamente ha de tratarse de situaciones gravísimas que, desde cualquier punto de vista del que se mire, pongan de manifiesto que es imposible llevar a cabo el cumplimiento de la obligación alimenticia⁶⁶.

6^a. No se propone que deba existir una sentencia firme previa que declare el incumplimiento, pues ello supondría obligar a interponer acciones judiciales para que efectivamente se tenga a la persona incumplidora como indigna. Considero que tal requisito excede con creces del fin de la propuesta: no se acierta a comprender por qué ha de exigirse una sentencia firme y favorable en este sentido⁶⁷. Indirectamente pareciera que quien debe prestar los alimentos tiene una especie de «periodo de gracia» (que iría desde que incumple hasta que deviene firme la resolución de ejecución de la anterior).

La Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC) en su propuesta de Código Civil procedió a dar una nueva redacción a las causas de indignidad y pudiera parecer, en un primer acercamiento, que da respuesta a la problemática analizada en este trabajo, si bien, dado que se presenta de manera general, no específica, además de que exige la necesidad de contar con una sentencia firme⁶⁸. Por su parte, el Código

66. Prácticamente no hay sentencias que lleven a cabo una interpretación de esta expresión (motivo legítimo). Esta situación resulta, en un primer momento, cuando menos extraña, dadas las repercusiones de la norma, por lo que solo puede entenderse si se parte de lo que se ha puesto de manifiesto en este trabajo: que en la práctica no es habitual que se desherede a quien no prestó los alimentos, lo que a su vez visibiliza, en atención al gran número de incumplimientos del pago de alimentos por parte de los progenitores no custodios, que cuando se da el caso, estos progenitores incumplidores heredan sin más de sus hijos e hijas fallecidos. Ciertamente lo más probable es que tengan poco o nada al fallecer pero, como se ha señalado, esto no es obstáculo para que jurídicamente se mantenga la normativa tal y como está porque puede llegar a darse un supuesto de este tipo perfectamente.

67. Y es que no solo se ha constatado un importantísimo incumplimiento de este tipo de obligaciones en la práctica, sino que, con seguridad –aunque no haya datos oficiales que corroboren esta afirmación– hay muchas más que las que las resoluciones judiciales ponen de manifiesto (normalmente, sentencias de ejecución de medidas o condena por delitos de impago de pensiones).

68. El art. 461.12 de la Propuesta de Código Civil referida señala: «Son indignos para suceder al causante: (...) b) (...) Asimismo, el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela, curatela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo». ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Propuesta de Código Civil, Madrid, 2018. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/obra_completa.pdf (fecha de última consulta: 22 de diciembre de 2023).

Civil de Cataluña⁶⁹ (en adelante, CCCat.) prevé la causa de indignidad únicamente para cuando la persona fuera condenada penalmente. Empero, a mi modo de ver, como ya he adelantado, basta con el incumplimiento *de facto*, sin que sea necesario contar con una resolución judicial que lo constate ni tampoco el ejercicio de una acción judicial en este sentido.

Por supuesto, se tiene muy presente que el ser tenido por indigno conlleva una reducción de derechos frente a no serlo –y es en este contexto donde se plantea la necesidad de sentencia–, pero no se ve inconveniente en que se haga a la inversa en atención a todo lo expuesto en los epígrafes anteriores⁷⁰. Además, piénsese que aun llevada a cabo la desheredación como prevé el Código Civil puede iniciarse un procedimiento judicial si la persona desheredada no está conforme, por lo que estaríamos en la misma situación, en este sentido (es decir, habría un proceso judicial). Por tanto, si el resto de los herederos pone de manifiesto la causa de indignidad, el presuntamente indigno puede muy bien aportar prueba de su cumplimiento en la notaría y, en caso de que no se esté de acuerdo, se podrá interponer la correspondiente acción judicial. En ese proceso, el progenitor va a tener la posibilidad de probar que efectivamente cumplió con su obligación, algo que en los casos en los que la misma se hubiera delimitado judicialmente será muy difícil dada la objetividad de este pago y sus características (se sabe de manera indubitada cuáles eran las cantidades debidas, el tiempo y el lugar del pago)⁷¹.

Considero, por tanto, que no es necesaria la existencia previa de una demanda o denuncia reclamando judicialmente el incumplimiento del pago de los alimentos y, consecuentemente, tampoco es exigible contar con una sentencia que lo recoja, en ninguna de las situaciones posibles.

Cuestión distinta es plantear que fuera necesario una reclamación extrajudicial, es decir que se le pidió que cumpliera con su obligación sin haber interpuesto una acción judicial. En dicho sentido se manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1959⁷², que estimó que la reclamación extrajudicial es suficiente, ya que basta con haber solicitado los alimentos por cualquier medio y que estos se hayan negado sin que exista motivo legítimo para ello. A mi juicio, es indiferente que se reclamen los alimentos extrajudicialmente para que se aprecie la causa de indignidad, de manera que tampoco

69. Concretamente, el art. 412-3 del CCCat. (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) prevé, en el marco de la indignidad sucesoria, que «Son indignos de suceder: (...) e) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares, en la sucesión de la persona agravada o de un representante legal de esta».

70. Esto es, que prácticamente nunca, cuando el alimentista es menor de edad o joven otorga testamento y, por tanto, no procede a desheredar.

71. La idea sería: «pruebe usted que efectivamente realizó las transferencias debidas puntualmente a lo largo de todo el periodo que se considera procedente en este caso concreto».

72. RJ 1959\2513.

ha de considerarse preceptiva esta reclamación extrajudicial, por lo ya razonado –que no se vuelve a reproducir para evitar reiteraciones innecesarias– y porque, además, de considerarse necesaria dicha reclamación, se estará introduciendo un elemento de difícil prueba a *posteriori*, en un momento en el que el causante nada puede alegar.

7ª. Por último, se apunta una última consideración como invitación a la reflexión: ¿por qué las causas de desheredación y también las de indignidad han de ser interpretadas con «carácter restrictivo»? Ciertamente es que la jurisprudencia ha consolidado ese criterio⁷³ y que las causas son las que la ley dispone, por lo que no pueden ampliarse a otras diferentes⁷⁴ (*numerus clausus*). Con ello estamos de acuerdo. Ahora bien, lo que no es posible es interpretar cada causa, en sí misma, de manera restrictiva⁷⁵ en el sentido de

73. Véase, entre otras muchas, la STS (Sala de lo Civil) N.º 278/1993, de 26 de marzo (RJ 1993\2394).

74. Véase la interesante fundamentación, en este sentido, de la SAP de Valencia (Sección 8ª) N.º 385/2012, de 9 de julio (JUR 2012\307709). Concretamente en su FJ 2º se recoge: «La desheredación supone la privación de la legítima de un heredero forzoso, hecha en testamento, con fundamento en una causa justa, de las previstas taxativamente en la ley. Nuestro sistema sucesorio se asienta sobre el principio de protección y respeto a las legítimas, es decir, sobre la intangibilidad de la legítima “salvo en los casos expresamente determinados por la ley”, tal como expresa el artículo 813 del Código Civil, principio del que también son expresión los artículos 1.056 y 1.075 del mismo texto legal y en concreta sede de desheredación el artículo 848 según el cual “la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la Ley”. El adverbio solo deja claro el sentido del último precepto citado, de modo que no cabe fundar la desheredación en otras causas que las enumeradas, aunque sean de mayor gravedad, ni en motivos análogos; se trata, pues, de una enumeración taxativa, de un *numerus clausus* de causas de desheredación, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, ni siquiera de argumentación de *minoris ad maiorem*. Quedan excluidas, pues, cualesquiera otras causas, aunque sean análogas o incluso de mayor gravedad. En este sentido reiterada jurisprudencia indica que las causas enumeradas en el Código Civil como justa causa de desheredación son de interpretación restrictiva, y han de ser una de las específicamente determinadas por la ley cuya enumeración ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque de otra forma, se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos».

75. La SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) N.º 314/2016, de 19 de diciembre de 2016 (AC 2017\274), resolvió un supuesto en el que se planteó si los hijos habían prestado alimentos a su progenitor. En su FJ 3º argumenta que: Hay que recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, desde antiguo, viene señalando que «ha de imponerse una interpretación restrictiva en materia de desheredación que no solo proclama el art. 848 del Código Civil, sino también la abundante jurisprudencia orientada en la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*, señalando el alto tribunal en relación con la prestación de alimentos que «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por su hija, en relación con los problemas del padre etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al Tribunal de la conciencia». En este mismo sentido de interpretación restrictiva, referida a la causa

limitar los supuestos fácticos que tienen cabida. Pareciera, en un primer acercamiento a la cuestión, que lo que se pretende es «salvar» todos los supuestos «salvables» porque la prioridad es que quienes están llamados a recibir la herencia, efectivamente la reciban, atendiendo a la imperatividad de estas normas jurídicas. De hecho, es lo que se deduce tras la lectura de muchas sentencias. En otras palabras: la regla general es, en estos casos, tener derecho a suceder, en la parte que sea, y la excepción, no tenerlo. Sin embargo, y sin negar esto último –es decir, que las normas sucesorias son, en su mayoría, imperativas–, se considera que la gravedad que subyace a todas y cada una de las causas de desheredación y de indignidad no admite una «restricción» en la interpretación de los supuestos de hecho, porque ello supondría «beneficiar a quien, con una interpretación no restrictiva, pudiera ser desheredado o, en su caso, tendría la consideración de indigno» y ello no es baladí. Si la regla general es importante (tener derecho a suceder conforme lo previsto en el Código Civil), la excepción (causas de desheredación y de indignidad) también lo es, porque precisamente son estas últimas las que proporcionan el equilibrio entre lo previsto legalmente y lo que es justo mediante la aplicación de las normas.

En cualquier caso, tampoco se defiende que se lleve a cabo una interpretación amplia, susceptible de «crear» nuevas causas⁷⁶, porque estaríamos igualmente ante un desequilibrio que generaría otro tipo de situaciones injustas⁷⁷, además de inseguridad jurídica, lo que sería igualmente gravísimo.

Lo que se propone es sencillamente que la interpretación sea ajustada tanto a la realidad del supuesto de hecho como a la realidad social⁷⁸ y, por supuesto, a lo previsto en la concreta causa de indignidad: que sea, en definitiva, una interpretación acertada y adecuada. De esta manera, tras un análisis del caso concreto y teniendo en cuenta el espíritu de las normas, ha de realizarse una labor hermenéutica flexible pero rigurosa,

de desheredación consistente en negar, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente (artículo 853- 1ª), se pronunció la jurisprudencia del TS en sus sentencias de 4 de noviembre de 1997 y 26 de marzo de 1993, en las que se recuerda el carácter sancionador de la norma y la necesidad por ello de una interpretación estricta de las causas de desheredación, negando que pueda subsumirse en la negativa injustificada a prestar alimentos la ausencia de relaciones de los herederos con la fallecida; el privarle de su presencia en vida para reconfortarle en su última enfermedad u otras conductas similares».

76. En contra, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), N.º 556/2023, de 19 de abril (RJ 2023\2216).

77. Véase, sobre una interpretación amplia, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), N.º 556/2023, de 19 de abril (RJ 2023\2216). Por su parte, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) N.º 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014\3900), FJ 2º.3: «(...) aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo».

78. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo ...», ob. cit., apdo. 3º, p. 635.

siempre en el marco de las previsiones legales, tanto en lo que respecta a lo previsto en el CC –con relación a cómo han de interpretarse las normas jurídicas–⁷⁹ como a lo previsto para con las causas de desheredación y de indignidad propiamente dichas.

En cualquier caso, lo cierto es que ya hay sentencias recientes que van en esta línea. De hecho, el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido⁸⁰, flexibilizando esa interpretación restrictiva.

79. Pese a los conocimientos jurídicos que se presume tendrán quienes lean este trabajo, se invita a recordar en este punto lo previsto en el art. 3 CC.

80. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^ª) N.º 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014\3900) se señala que el hecho de que las causas de desheredación sean de enumeración taxativa sin posibilidad de analogía, «no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo». Señala la referida sentencia que las causas de desheredación «deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen». En la misma línea se ha manifestado la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^ª) N.º 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015\639).

6. CONCLUSIÓN

Es unánime considerar que el derecho ha de ir adaptándose a los cambios que experimenta la sociedad⁸¹. Esto se constata claramente con un somero análisis de las normas que han ido promulgándose a lo largo de los siglos en un país. En este contexto, también es indubitado que la familia, uno de los grupos más importantes que conforman la sociedad, ha experimentado un proceso de cambio constante en las últimas décadas, pues de ser pétrea y homogénea ha pasado a ser también cambiante y diversa. Por ello, mantener en la actualidad un enfoque excesivamente tradicional a la hora de analizar cualesquiera cuestiones jurídicas relacionadas con la familia, es algo a todas luces improcedente. Y no solo de cara a la propuesta de nuevas normas, sino también en el marco de la interpretación de las ya existentes, lo que es además obligatorio ex art. 3.1 CC. El derecho de sucesiones, lógicamente, no puede quedar al margen de todo ello, dada su incuestionable relación con el derecho de familia. Concretamente, el sistema legitimario, cuyo fundamento se encuentra, en primer término, en la protección a la familia y en la solidaridad familiar intergeneracional, también ha de adaptarse a los nuevos enfoques y perspectivas de lo que la ciudadanía va considerando, con carácter general, como conveniente y justo.

Pese a lo señalado, plantear en la actualidad el debate de incluir *ex novo* causas de indignidad para suceder a las ya previstas en el ordenamiento jurídico español, seguramente cause *a priori* rechazo y una actitud cuando menos recelosa por gran parte de los operadores jurídicos, en la medida en la que esto se va a traducir en la práctica en que «posibles herederos van a perder su derecho», algo que pareciera que atenta contra el núcleo del derecho de sucesiones. Sin embargo, realmente tras este planteamiento lo que hay, a mi juicio, es perpetuar el traslado de los patrimonios conforme a las reglas tradicionales, principalmente, del *ius sanguinis*. Por otro lado, tampoco ayuda el hecho de que se haya instaurado, con carácter general, una interpretación restrictiva de las causas de indignidad existentes.

Sin embargo, ninguna de esas razones impide que se incluyan nuevas causas de indignidad por el legislador en el Código Civil, máxime si se tiene en cuenta que es preceptivo –por imperativo legal– un enfoque de las distintas situaciones que se dan en la práctica desde la perspectiva de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia así como desde la perspectiva de género, cuando en las situaciones de las que se trate afecte a este tipo de población (lo que será en la gran mayoría de las ocasiones, en la medida en la que las mujeres no constituyen un colectivo, sino que son la mitad de la población en sí misma). Estas novedosas perspectivas, pues tal y como están hoy configuradas no lo estaban antaño, nos hacen ver situaciones que probablemente antes quedaban totalmente ocultas al primar siempre los vínculos de filiación y parentesco a la hora de que la ley determinara obligatoriamente el destino

81. Como ya se adelantó en el primer epígrafe de este trabajo: primero el hecho, luego el Derecho. WRÓBLEWSKI, J. «Cambio del Derecho...», ob. cit.

de los bienes de quien fallece, excepcionando dicha regla en contadas ocasiones, todas ellas gravísimas. Ya ni siquiera se está haciendo alusión aquí a la libertad de o para testar, debate que ocupa en la actualidad muchos foros y discusiones doctrinales además de concienzudos estudios de juristas del más alto nivel –léase, la Comisión de Codificación–. Se alude directamente a los casos de sucesión intestada y quienes, siendo *a priori* llamados a dicha herencia por previsión legal, van a ser considerados en ese caso concreto como indignos y, por tanto, no van a poder recibir lo que inicialmente pudiera haberles correspondido.

La indignidad para suceder ha de adaptarse a una sociedad diversa como la actual, en la que es más frecuente que antaño –aunque siempre han existido casos de este tipo– que nos encontremos con situaciones que atentan contra los más esenciales principios de la solidaridad familiar. En estos casos, si la solidaridad familiar no fue tenida en cuenta por un pariente para apoyar y facilitar la vida de quien finalmente fallece, no puede, este mismo principio, desplegar con posterioridad a su muerte sus beneficios para quien le sobrevive.

Además, en el caso del progenitor que no ha prestado alimentos se está ante un supuesto que se da con mucha frecuencia en la práctica, algo reconocido normativamente en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, que constituye el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Por ello, no puede ser rechazada una medida que pudiera llegar a contribuir a reforzar la idea de la gran importancia que tiene el cumplimiento correcto del abono de lo que ha de darse en concepto de alimentos, sobre todo, cuando se trata de pensiones alimenticias a favor de los hijos y las hijas, siendo gravísima la situación cuando son aún menores de edad. Y, aunque ciertamente el CC prevé una causa de indignidad para heredar del hijo o hija al que no se le prestó alimentos sin motivo legítimo, no es efectiva en la práctica en la mayor parte de los casos. Mediante la introducción en nuestro ordenamiento de la causa de indignidad propuesta en este trabajo, además de evitar las situaciones injustas ya señaladas, se conseguirá que la sociedad conozca que estos progenitores *ope legis* no podrán heredar de sus hijos e hijas si llega el caso, lo que conllevará indirectamente a una mayor concienciación sobre la importancia del cumplimiento puntual e íntegro de esta obligación. Esta propuesta, por tanto, también constituye una medida, ciertamente «residual», a la hora de hacer cambiar la actitud de quien incumple pero que contribuye eficazmente a para poner en su sitio la gravedad de este incumplimiento y, sobre todo, para que si se da el supuesto de hecho de base –que el hijo premuera al progenitor incumplidor–, este no herede de aquel lo que le hubiera correspondido.

Por todo ello, considero necesario introducir esta nueva causa de indignidad en el Código Civil, de manera que se sea indigno para suceder quien debía alimentos y no los suministró sin motivo legítimo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, S., «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), vol. II, 2016, pp. 997-1032.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Madrid, 2018. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/obra_completa.pdf
- BAENA RUIZ, E., «La libertad de testar», *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, Vol. 97, 167, 2018, pp. 71-90.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Valencia, 2018.
- CAÑIZARES LASO, A., «Legítimas y libertad de testar», *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, coord. Herrero Oviedo, M.; Domínguez Luelmo, A. (dir.), García Rubio, M. P. (dir.), 2014, pp. 245-270.
- CAROL ROSÉS, F., «Libertad para testar y protección del testador vulnerable», *Actualidad civil*, 9, 2023.
- DÍAZ ALABART, S., «La indignidad para suceder y la desheredación: algunas reflexiones tras la promulgación de la Ley (8/2021)», *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Lerdo de Tejada, M. (dir.), Cerdeira Bravo De Mansilla, G. (dir.), 2023, pp. 197-218.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T., *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Madrid, 2018.
- GAGO SIMARRO, C. «Sentencia firme e indignidad para suceder», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2023, pp. 273-296. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/418765/513137>
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo 756 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), vol. II, 2016, pp. 628-638.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *Tratado de sucesiones*, t. I, 2016, pp. 235-288.
- GARRIDO MELERO, M., *El testamento y su interpretación*, Valencia, 2021.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar*, Madrid, 2022.
- MAGRO SERVET, V., «Impago de pensiones a los hijos y pena de alejamiento», *Revista de Derecho de Familia*, 120, julio, 2023. Disponible en: <https://elderecho.com/impago-de-pensiones-a-los-hijos-y-pena-de-alejamiento>
- MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., «Sentido histórico de la indignidad para suceder», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 70, 622, 1994, pp. 1071-1148.

- MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código civil español*, Valencia, 1995.
- ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Madrid, 2021.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, C., «Causa de indignidad para suceder de padre que no atiende a sus obligaciones alimenticias respecto de su hijo», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 209, junio, 2018, pp. 156-162.
- PARRA LUCÁN, M. A., «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13, 2009, pp. 481-554.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L., «El legitimario ante la desheredación de hecho», *Aranzadi civil: revista quincenal*, 3, 1995, pp. 125-172.
- ROCA TRÍAS, E., «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 24, 2020, pp. 13-46.
- ROMERO COLOMA, A. M., «La indignidad para suceder y su problemática jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, 92-93, 2014, pp. 101-120.
- RUBIO GARRIDO, T., *Fundamentos del derecho de sucesiones*, Madrid, 2022.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Límites constitucionales a la libertad de testar», *La libertad de testar y sus límites*, Vaquer Aloy, A., Sánchez González, M. P., Bosch Capdevila, E., Madrid, 2018, pp. 7-38.
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar, el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, 2014.
- VAQUER ALOY, A., *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile, 2018.
- VAQUER ALOY, A., «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 327-368. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2015-20032700368
- VÁZQUEZ LEMOS, A., *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*, Barcelona, 2019.
- VV. AA., *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, coord. Juan Pablo Murga Fernández, César Hornero Méndez; Francisco de Sales Capilla Roncero (dir.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dir.), Francisco José Aranguren Urriza (dir.), Pamplona, 2019.
- WRÓBLEWSKI, J. «Cambio del Derecho y cambio social», *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 1(12), 1993, pp. 121-137. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/12/teo/teo9.pdf>

SOLIDARIDAD FAMILIAR, DEBER DE CUIDADO DEL ADULTO MAYOR Y ATRIBUCIONES Y PRIVACIONES SUCESORIAS EN EL DERECHO CHILENO*¹

SUSANA ESPADA MALLORQUÍN²

*Doctora en Derecho. Profesora asociada de la Facultad de Derecho
Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile*

RESUMEN

El presente artículo aborda tres objetivos centrales. El primero, demostrar la relevancia de las diversas aproximaciones disciplinarias del término solidaridad para precisar los efectos jurídicos del principio de solidaridad familiar en el ámbito sucesorio. El segundo, determinar la existencia de un deber de cuidado de los adultos mayores en el ordenamiento chileno y cómo este deber se relaciona con la solidaridad familiar y con las consecuencias de su incumplimiento. Y el tercero, analizar las principales consecuencias jurídicas que en el ámbito sucesorio tendría el incumplimiento del deber de cuidado de los adultos mayores tanto en las sucesiones testadas como en las intestadas.

PALABRAS CLAVE

Solidaridad familiar, deber de cuidado, adulto mayor y derecho sucesorio.

* Fecha de recepción: 22-01-2024. Fecha de aceptación: 04-04-2024.

1. El presente artículo se enmarca como contribución de la autora como investigadora del Proyecto: "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros". PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación). IP: Pilar Benavente Moreda y Alma M. Rodríguez Guitián.

2. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez; Avenida Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén (Santiago), susana.espada@uai.cl. ORCID 0000-0001-9929-320X.

FAMILY SOLIDARITY, DUTY OF CARE FOR THE ELDERLY AND INHERITANCE POWERS AND DEPRIVATIONS IN CHILEAN LAW

ABSTRACT

This article addresses three main objectives. The first is to demonstrate the relevance that the various disciplinary approaches to the term solidarity have in determining the legal effects of the principle of family solidarity in the field of inheritance. The second is to determine the existence of a duty of care for the elderly in the Chilean legal system and how this duty is related to family solidarity and the consequences of its non-compliance. And the third, to analyze the main legal consequences that the inheritance area would have if the elderly failed to comply with the duty of care in both testate and intestate successions.

KEYWORDS

Family solidarity, Duty of Care, Older Adult, and Inheritance Law.

SUMARIO

1. Introducción	446
2. La solidaridad familiar y su relevancia: aspectos conceptuales y sociológicos del cuidado intergeneracional	447
3. El deber de cuidado de los adultos mayores: aspectos normativos.....	453
4. Las consecuencias del principio de solidaridad familiar en las atribuciones y privaciones sucesorias	455
4.1. Sucesión testada	455
4.2. Sucesión intestada	462
4.3. Las asignaciones forzosas y la solidaridad	464
5. Conclusiones.....	469
Bibliografía.....	470

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente artículo consiste en argumentar que el cuidado de los adultos mayores es una concreción del cumplimiento del principio de solidaridad en las relaciones familiares. De igual forma, se pretende sostener que la solidaridad familiar es el fundamento esencial del reconocimiento de atribuciones sucesorias, más allá de la mera constatación de la vigencia de ciertos vínculos al momento del fallecimiento. De compartirse ambas premisas argumentativas, la hipótesis principal del estudio es que se puede afirmar que el desarrollo de las labores de cuidado de nuestros adultos mayores justifica la atribución o la privación de asignaciones sucesorias que encuentran su fundamento en dicha solidaridad familiar.

Para sistematizar el análisis de esta hipótesis, el trabajo se estructura sobre el desarrollo de tres ideas centrales. Por un lado, que existen diversas aproximaciones al término de solidaridad familiar desde disciplinas muy diversas (sociología, economía, filosofía, política, psicología...) y que todas ellas son un aporte de cara a determinar los posibles efectos jurídicos de la afirmación de la existencia de un principio de solidaridad familiar en el ámbito sucesorio. Por otro lado, que resulta oportuno para el logro de los objetivos propuestos precisar si existen deberes de cuidado respecto de los adultos mayores en el ordenamiento chileno y cómo se relacionan estos deberes con la solidaridad familiar y las consecuencias de su incumplimiento. Y, finalmente, desarrollar las consecuencias jurídicas que en el ámbito sucesorio tendría o podría llegar a tener el incumplimiento del deber de cuidado de los adultos mayores tanto en las sucesiones testadas como en las intestadas.

2. LA SOLIDARIDAD FAMILIAR Y SU RELEVANCIA: ASPECTOS CONCEPTUALES Y SOCIOLÓGICOS DEL CUIDADO INTERGENERACIONAL

El análisis teórico de la solidaridad familiar es extenso y multidisciplinar. No es un objetivo del presente artículo hacer un análisis exhaustivo del mismo, pero si se realizaran ciertas menciones que se considera pueden resultar un aporte para el estudio jurídico que se plantea³.

En este sentido, desde la sociología, AYUSO define la solidaridad familiar como el «conjunto de relaciones que se desarrollan en los grupos primarios (principalmente familiares, pero también vecinos y amigos) y que permiten el desarrollo de funciones de apoyo mutuo, ayuda material y subjetiva entre sus miembros»⁴.

Otros sociólogos, como SÁNCHEZ, han destacado que la solidaridad familiar permite encontrar el justo equilibrio entre las tensiones de las relaciones familiares que oscilan entre el individualismo, donde el centro es el individuo y lo que sociológicamente se denomina familismo o comunitarismo, que afirma la existencia de un interés familiar que puede imponerse al de los individuos que la integran⁵.

También en este ámbito, MORA hace alusión a las diferentes dimensiones de la solidaridad familiar que definen BENGTON y ROBERTS⁶. Según la autora, los citados autores distinguen seis dimensiones diferentes en las relaciones solidarias entre padres e hijos. Está la solidaridad normativa, que haría referencia al compromiso de los miembros por asumir roles y obligaciones familiares; la solidaridad estructural relativa al número de familiares próximos que efectivamente tienen oportunidad de intercambio de ayuda; la solidaridad asociativa, que hace referencia a la intensidad de la relación, tipo de contacto y frecuencia entre los miembros de la familia; la solidaridad afectiva relativa a los sentimientos positivos compartidos y recíprocos entre los miembros de las familias; la solidaridad funcional que se refiere a la voluntad de dar y recibir ayuda por parte de los integrantes

3. Resulta muy interesante el estudio monográfico y los artículos publicados sobre el concepto de solidaridad por Amengual, en donde, entre otras referencias, se realiza un análisis en profundidad de binomios esenciales como solidaridad y reciprocidad, solidaridad y justicia, solidaridad y moral y solidaridad y Estado, AMENGUAL COLL, G., *La solidaridad. Historia, concepto y propuesta*, Colección de Filosofía, ACENA, Comillas, 2021, pp. 307-335 y AMENGUAL COLL, G., «Las tensiones del concepto de solidaridad», *La idea de solidaridad en el derecho*, Rueda y Pereira (eds.), Universidad del Externado de Colombia, 2023, pp. 217-244.

4. AYUSO SÁNCHEZ, L., «El deber de apoyar a la familia: Una revisión del pacto intergeneracional de ayudas familiares en España», *Panorama Social*, N.º 15 (primer semestre), 2012, p. 144.

5. SÁNCHEZ CASTIÑEIRA, S., «La transformación de la solidaridad familiar desde los servicios sociales básicos en España», *Papers*, 106/1, 2021, pp. 98-100.

6. La referencia original se encuentra en BENGTON, V. L. y ROBERTS, E. L., «Intergenerational solidarity in aging families: An example of formal theory construction», *Journal of Marriage and the Family*, 53, 1991, pp. 856-870.

de las familias y, finalmente, la solidaridad consensual entendida como el conjunto cultural de valores, opiniones y actitudes compartidas por los miembros de la familia ante la realidad social, política, económica y cultural que la rodea⁷.

Si bien todas estas referencias se hacen desde el ámbito de la sociología, considero que, jurídicamente, también se encuentran presentes cuando hacemos referencia a la solidaridad familiar como fundamento de deberes de cuidado o de atribuciones sucesorias, como se va a argumentar en el presente artículo⁸.

En el ámbito específicos del *Derecho de Familia*, se ha reflexionado sobre la consideración de la solidaridad como principio, pero más allá de su consideración técnica como principio, fuente o norma de conducta⁹, lo cierto es que como indica Vazzano, «la solidaridad transita por diferentes instituciones familiares [...] La exigencia de solidaridad no busca la tutela de la institución familiar en sí misma, sino de los derechos de las personas, siendo estas quienes se encuentran en el centro de la protección, y en especial aquellas que históricamente han permanecido en los márgenes de las respuestas jurídicas»¹⁰.

También, dado que calificamos esta solidaridad como familiar, desde la sociología, relacionándolo principalmente con las labores de cuidado, se constata una evolución funcional de la familia como unidad emocional y red de solidaridad social¹¹. Se afirma que la familia no está en crisis y que existe un cambio en los valores que la sustentan: igualdad entre cónyuges, igualdad entre los hijos, derecho a conocer los orígenes de la filiación...¹². También se ha producido cierta ruptura del equilibrio entre prestadores y

7. MORA MENDOZA, B., «Solidaridad familiar y resiliencia», *Documentos de Trabajo Social*, N.º 51, 2012, pp. 105-106.

8. Conuerdo con Mora cuando destaca que el concepto de solidaridad familiar, con todas las dimensiones antes descritas, es un capital social con el que cuentan los individuos para aumentar su bienestar subjetivo y material, pero para que dicho capital esté disponible las personas deben invertir tiempo y esfuerzo en mantener relaciones continuadas y satisfactorias que garanticen la fortaleza de los vínculos, MORA MENDOZA, B., «Solidaridad familiar y resiliencia», *Documentos de Trabajo Social*, N.º 51, 2012, p. 114.

9. GURIDI RIVANO, M. R., «Reconocimiento del concepto de solidaridad familiar como principio en el *Derecho de Familia* chileno», *Intervenciones socio jurídicas en familias. Desafíos de la Sociedad contemporánea*, vol. I, RIL Ediciones, Universidad Andrés Bello, 2022, pp. 17-37 y LEPÍN MOLINA, C., «Los nuevos principios del Derecho de Familia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 23, 2014, pp. 9-55.

10. VAZZANO, F., «La solidaridad en el sistema de *Derecho de Familias*. Especiales consideraciones sobre el Código Civil y Comercial», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N.º 18/N.º 51, 2021, p. 89.

11. FACAL, T. y TORRÉNS, M. P., «Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones», *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coordinador Ángel Luis Rebolledo), Madrid, 2010, p. 53.

12. ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Madrid, 1999, p. 33.

beneficiarios de los servicios domésticos y asistenciales. El incremento de la esperanza de vida aumenta el número de personas que pueden sufrir alguna discapacidad o dependencia y en las redes familiares se alternan de forma desigual los momentos y tiempos para prestar esos cuidados entre los diferentes miembros de la familia¹³. En este sentido, se destaca cómo los procesos de individualización y diversificación de las estructuras familiares modernas, a pesar de lo que pudiera pensarse, no erosionan la relevancia de la solidaridad familiar en todas ellas, sobre todo en los aspectos de cuidado y apoyo económico¹⁴.

Si bien nos encontramos ante una concepción de las relaciones de familia más emocional y negociada, donde la autonomía y relación simétrica o de igualdad entre sus integrantes son esenciales, también el respeto y cuidado intergeneracional siguen presentes¹⁵. Coincidimos con GARCÍA RUBIO cuando señala que «(...) lo que de verdad caracteriza a la familia o familias contemporáneas, sea cual sea su tipología, son las relaciones de intimidad, cuidado e interdependencia, tanto afectiva como económica entre sus miembros»¹⁶.

Dentro del análisis de la relevancia de la solidaridad familiar, creo que resulta enriquecedor reflexionar desde la perspectiva ideológica¹⁷. Así considero que el concepto de solidaridad familiar opera con independencia del concepto ideológico que tengamos de familia, ya sea la familia liberal que considera que la intervención del Estado debe ser mínima y que busca ante todo la fortaleza del individuo, ya sea desde opiniones que afirman que la familia es una institución natural, en línea con la corriente de pensamiento iusnaturalista o conservadora, o ya sea desde una concepción familiar funcionalista-utilitarista que podríamos clasificar dentro de corrientes de pensamiento socialdemócratas o socialistas,

13. FLAQUER, L., «Las funciones sociales de la familia», *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, N.º 98, 1995, pp. 39-48.

14. MORA MENDOZA, B., «Solidaridad familiar y resiliencia», *Documentos de Trabajo Social*, N.º 51, 2012, p. 110. En esta línea, Bazo destaca el proyecto OASIS (Old Age and Autonomy: The Role of Social Services Systems and Intergenerational Family Solidarity) de la Comisión Europea. El estudio realizado en cinco países (España, Alemania, Inglaterra, Noruega e Israel) determinó que la familia es la que realiza las labores de cuidado de las personas ancianas, incluso en países con Estados de bienestar que proporcionan servicios y ayudas amplias e, igualmente, se constata –a pesar de las diferencias culturales– la existencia de intercambios de bienes materiales, ayudas instrumentales y apoyo efectivo entre las generaciones. BAZO, M. T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, N.º 2, 2008, p. 83.

15. MEIL, G., «Cambios en las relaciones familiares y en la solidaridad familiar», *Arbor*, CLXXVIII, 702 (junio), 2004, pp. 299-305 y MORA MENDOZA, B., «Solidaridad familiar y resiliencia», *Documentos de Trabajo Social*, N.º 51, 2012, p. 103.

16. GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Madrid, 2021, p. 288.

17. Resulta interesante traer a colación la reflexión de Roca sobre la ideología y el *Derecho de Familia* en ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, Valencia, 2014, pp. 33-62.

donde la familia es una comunidad de vida que genera vínculos entre sus miembros que permiten madurar la personalidad de aquellos que la integran y que considera necesaria la colaboración estatal en dicha labor. En todas estas ideologías o corrientes de pensamiento se parte del presupuesto de que los individuos viven en familia, cualquier tipo de familia y que la familia es un actor social y políticamente relevante. En los hechos, la familia constituye una primera red social de protección. Este grupo de personas vinculadas entre sí por relaciones de interdependencia cumple funciones esenciales de reproducción, sustento material, socialización y de gratificación emocional.

Luego considero que la solidaridad intergeneracional está presente en lo público y en lo privado, no siendo exclusiva de ninguno de estos ámbitos, pero sí un elemento característico para definir una relación como familiar¹⁸. Así, podemos traer a colación la controvertida definición de familia del artículo 1.3.a) de la Ley N.º 21150 de 2019 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia que establece: «Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesta por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento».

Las familias han demostrado históricamente su flexibilidad y adaptabilidad para crear nuevas estrategias vitales, pero creemos que la solidaridad familiar es una constante en todo el proceso de cambio, pues siguen existiendo vínculos y comunidad de vida entre sus miembros, interdependencias y asistencia intergeneracional. De ahí su relevancia esencial para el estudio de los fundamentos normativos de instituciones familiares y sucesorias.

Esbozadas las diferentes dimensiones de la solidaridad familiar y su relevancia jurídica, si, como expusimos anteriormente, podemos entender esta solidaridad familiar en clave de comunidad de vida, ayuda y cuidado mutuo de carácter intergeneracional. ¿De dónde surge esta obligación de apoyar a la familia?

Si partimos de aspectos estadísticos, según el documento del Observatorio Social del Gobierno de Chile sobre personas mayores, envejecimiento y cuidados de julio del 2020, más de la mitad de la población con discapacidad es adulta mayor (53,5 %) y, de ellos, un 14,2 % son funcionalmente dependientes. Además, se destaca que las labores de cuidado de los adultos mayores recaen principalmente en un integrante del hogar familiar, específicamente en las mujeres (72,0 %) y que por dicha labor de cuidado no reciben remuneración. Luego las labores de cuidado son un desafío, pues para el 2050 se prevé que el 31,2 % de la población chilena sea adulta mayor, y actualmente en el 41,9 % de los hogares existe algún integrante mayor de 60 años, de los cuales dos de cada cinco (18,9 %) son hogares de personas mayores solas¹⁹.

18. También en este sentido, BAZO, M. T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, N.º 2, 2008, p. 79.

19. Observatorio Social del Gobierno de Chile, *Personas mayores, envejecimiento y cuidados*, <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/grupos-poblacion/>

Respecto de las percepciones sociofamiliares del cuidado como deber, resulta interesante destacar que en la quinta encuesta nacional sobre calidad de vida en la vejez realizada en Chile en 2019, el 42,4 % de los adultos mayores encuestados consideraba que es obligación de los hijos cuidar a sus padres cuando estos no pueden valerse por sí mismos²⁰.

Desde la sociología, respecto del origen de este deber de cuidado, existen varios marcos conceptuales que analizan las normas de responsabilidad intergeneracional. Autoras como Bazo se centran en buscar el enfoque teórico para entender la construcción de significado que las personas otorgan a la idea del cuidado familiar. Se considera que los significados de cuidado familiar son una construcción social y están influenciados y conformados por los valores sociales, así como por las respuestas de los individuos²¹. Esta autora destaca la línea de estudio sobre el cambio del rol de las familias, donde su rol pasa de instrumental a emocional y cómo este cambio confluye en el enfoque teórico del «interaccionismo simbólico». Así, según dicho enfoque, «los significados de cuidado familiar son construidos socialmente y reflejan tanto la cultura familiar emergente como las realidades sociales más amplias de las estrategias políticas y económicas»²².

Por otro lado, distintos trabajos han puesto de relieve en la reflexión sobre el fundamento de los deberes de cuidado la existencia de «un pacto intergeneracional implícito establecido sobre una base normativa fuerte»²³, que implica un deber de ayuda solidaria entre los distintos miembros de las familias y donde el reparto de las labores de cuidado se realiza sobre una base de colaboración generacional, si bien tradicionalmente esta función de cuidado recaía en las mujeres. Desde esa perspectiva, el deber de cuidado implicaría la existencia de un pacto implícito por el que unas generaciones deben ayudar y cuidar a las otras y que se organiza sobre la base de un acuerdo normativo que regula la cultura y los comportamientos familiares.

Por su parte, estudios empíricos han constatado que, si bien existe un claro proceso de individualización en las sociedades modernas, que lógicamente cabría pensar que trajera consigo un deterioro de los valores de compromiso y obligación intergeneracional derivado de la mayor autonomía de sus miembros, *de facto*, las relaciones de reciprocidad pareciera que son resistentes a dichos procesos de cambio familiar, ya que en los estudios

[Documento_de_resultados_Personas_mayores_envejecimiento_y_cuidados_31.07.2020.pdf](#), 2020, pp. 31-33.

20. CARO, S., «Relaciones familiares y sociabilidad», *Quinta encuesta nacional de calidad de vida en la vejez*, Santiago, 2019, pp. 60-75.

21. BAZO, M. T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, N.º 2, 2008, p. 78.

22. *Ibidem*, p. 77.

23. AYUSO SÁNCHEZ, L., «El deber de apoyar a la familia: Una revisión del pacto intergeneracional de ayudas familiares en España», *Panorama Social*, N.º 15 (primer semestre), 2012, pp. 143-144.

realizados el deber de apoyar a la familia sigue estando muy presente a pesar de la modernización de las familias²⁴.

En este sentido, y como resultado de sus estudios realizados en España, Ayuso destaca:

«[...] En los países familistas, el desempeño de la función de cuidado hundía tradicionalmente sus raíces en el pacto de solidaridad familiar, un fuerte sistema normativo en virtud el cual los adultos ayudaban a jóvenes y mayores, esperando, a su vez, que sus descendientes se comprometieran con ellos en la vejez [...] *Ahora* cabe prever un cambio en la fundamentación de los intercambios solidarios motivados por la reducción del tamaño de la red familiar, la dedicación de buena parte del tiempo de las mujeres a las tareas extra domésticas y la mayor cualificación de los jóvenes. Todo ello puede dar lugar a una mayor flexibilización de los comportamientos intergeneracionales de ayuda, aun cuando continúen disfrutando de altos niveles de legitimidad social»²⁵.

Sobre qué elementos deben estar presentes en el deber de cuidado, Bazo destaca: «(...) la frecuencia del contacto, intensidad, duración y fuentes del cuidado, así como tareas realizadas por los cuidadores, y también el impacto de los factores ideológicos, como las creencias normativas, sentido de la obligación filial, calidad de la relación, cercanía emocional y conflicto. Esos factores ejercen obviamente una influencia en la división del trabajo del cuidado por género realmente existente internacionalmente»²⁶. Así, sobre el reparto de estas labores de cuidado con una perspectiva de género, el informe del Observatorio social de julio de 2022 sobre la situación de bienestar de las mujeres chilenas puso de manifiesto que: «(...) existe una fuerte carga de trabajo doméstico y de cuidados no remunerados en el hogar fruto de una desigual distribución de las tareas entre hombres y mujeres, que en algunos casos se traduce en dobles jornadas para ellas y, habitualmente, implica una doble presencia laboral y doméstica que tiene costos en su bienestar»²⁷.

24. En este sentido destaca el estudio empírico realizado por Ayuso sobre los valores familiares de ayuda intergeneracional en España, AYUSO SÁNCHEZ, L., «El deber de apoyar a la familia: Una revisión del pacto intergeneracional de ayudas familiares en España», *Panorama Social*, N.º 15 (primer semestre), 2012, pp. 148-154. Sin lugar a dudas, también se puede destacar el estudio del Proyecto de la Comunidad Europea «Families and Societies» (2017) sobre el concepto de familia sostenible en Europa, <https://cordis.europa.eu/project/id/320116/reporting/es>.

25. AYUSO SÁNCHEZ, L., «El deber de apoyar a la familia: Una revisión del pacto intergeneracional de ayudas familiares en España», *Panorama Social*, N.º 15 (primer semestre), 2012, pp. 155-157.

26. BAZO, M. T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, N.º 2, 2008, p. 78.

27. Observatorio Social del Gobierno de Chile, Informe sobre la situación de bienestar de las mujeres. Conciliación entre la vida personal y el trabajo remunerado y no remunerado, https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/bienestar-social/220729_Boletin_Bienestar_mujeres.pdf, 2022, p. 15.

3. EL DEBER DE CUIDADO DE LOS ADULTOS MAYORES: ASPECTOS NORMATIVOS

Una vez reconocidos los aspectos sociológicos es pertinente preguntarse si existen concretos deberes de cuidado respecto de los adultos mayores contemplados en el ordenamiento chileno.

Podría pensarse que este tipo de deberes de socorro y cuidado en la vejez de los adultos mayores serían solo reprochables desde un punto de vista ético, pero no jurídico. En contra de este planteamiento, más allá de aspectos empíricos o sociológicos, existen reglas expresas en el ordenamiento chileno que son un ejemplo del deber de cuidado, concretamente del deber de cuidado a los adultos mayores²⁸. Por lo tanto, en el ordenamiento chileno no cabe duda que nos encontramos ante deberes jurídicos y no puramente éticos²⁹. Voy a destacar dos normas al respecto.

Por un lado, el artículo 223 CC establece lo siguiente:

«Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes».

Luego, en el ordenamiento chileno, existe un expreso deber de cuidado de los hijos respecto de los padres cuando estos sean adultos mayores y requieran de ayuda. No es una obligación moral sino un deber jurídico contemplado expresamente en el Código Civil³⁰. Entiendo que la falta del deber de cuidado no es solo reprochable desde un punto

28. Sobre el concepto de persona mayor en el ordenamiento chileno, Lathrop indica que «(...) no hay armonía en el ordenamiento jurídico de manera que solo tentativamente podríamos decir con pretensiones de generalidad, que es adulto mayor aquella persona que ha cumplido los 60 años, tal y como lo establece la Ley 19.828, que es la norma positiva más reciente y específica sobre la materia». LATHROP, F., «Protección jurídica de los adultos mayores en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N.º 1, 2009, p. 84.

29. En este sentido, Pau Pedrón entiende que, en el ordenamiento español, las normas jurídicas debieran reconocer expresamente el deber de cuidado, porque «el cuidado no supone autoritarismo [...], sino por el contrario un reforzamiento de la autonomía, ya que el cuidado no debe ejercerse con la mejor intención del cuidador, sino conforme a la voluntad de la persona cuidada, de manera que el cuidado no supone heteronomía, sino reforzamiento de la autonomía»; PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho civil*, vol. VII, N.º 1, 2020, pp. 3-5.

30. En idéntico sentido podemos destacar el art. 266 de Código Civil y comercial argentino que establece: «Los hijos deben deber y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados, están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad, y a proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que le sean necesarios auxilios».

de vista ético, como algunos autores sostienen, sino que es un deber jurídico³¹. Este precepto se complementa con el deber de respeto establecido en el artículo 222 CC y, por ello, el deber de cuidado trasciende a las obligaciones estrictamente patrimoniales e implica preocupación, asistencia mutua y ayudar ante situaciones de mayor fragilidad.

Y, por otro lado, también es un ejemplo del deber de cuidado, ahora desde una perspectiva más patrimonial, la regulación del deber de alimentos de los artículos 321 y ss. del Código Civil que contempla –en casos de necesidad– deberes de sustento y de ayuda económica intergeneracionales y recíprocos entre ascendientes y descendientes.

Además, desde el punto de vista normativo, también es preciso tener en cuenta los deberes de cuidado de las personas adultas mayores que el Estado de Chile ha asumido al ratificar normas internacionales³², dentro de las cuales, en el ámbito del cuidado del adulto mayor, destaca la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que entró en vigor en octubre de 2017. La firma del Estado chileno de esta Convención implica su compromiso para identificar y dar mayor visibilidad a los problemas que afectan el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores, así como de los prejuicios y mitos que existen a su alrededor.

Dentro de la concreta regulación de la Convención que hace referencia a deberes de cuidado, habría que destacar en el artículo 3 los apartados f) y j) de la Convención, donde se mencionan como principios generales de la misma el bienestar y el cuidado, así como la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria y, expresamente, en el artículo 12 se mencionan los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo y cómo –junto con la familia– el Estado debe garantizar dichos cuidados. Finalmente, en el artículo 24 se menciona que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para promover el acceso a servicios de cuidado domiciliarios. Por lo tanto, normativamente, tanto desde el ámbito de lo privado como desde el ámbito de lo público, es posible afirmar que en el derecho chileno existe un deber de cuidado de los adultos mayores.

Justificada la trascendencia y relevancia del principio de solidaridad en las relaciones familiares actuales, y su concreción y vigencia normativa con el reconocimiento expreso de deberes de cuidado intergeneracionales que van más allá de una mera prestación de alimentos en estado de necesidad, podemos avanzar con el último de los aspectos que se pretende abordar en el presente trabajo sobre las consecuencias del principio la solidaridad familiar como fundamento de atribuciones o de privaciones sucesorias.

31. ESPADA MALLORQUÍN, S., «El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia», *Estudios de Derecho civil* XVI, Santiago, 2023, p. 375.

32. Para ver una recopilación de normas de derechos humanos relativas a los adultos mayores, véase, entre otros, KEMELMAJER, A., «Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿Hacia un derecho de la ancianidad?», *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, N.º 1, 2006, pp. 45-46.

4. CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN LAS ATRIBUCIONES Y PRIVACIONES SUCESORIAS

En el presente trabajo se considera que el principio de solidaridad familiar es de radical importancia para poder fundamentar la atribución de derechos sucesorios tanto en la sucesión testada como en la intestada y que, por ello, la falta de cumplimiento de los deberes de cuidado de los adultos mayores antes descritos y que se derivan de dicho principio de solidaridad familiar pueden tener consecuencias en el ámbito sucesorio.

Analicemos entonces cuáles serían esas consecuencias del incumplimiento de la solidaridad familiar y del deber de cuidado en el ámbito de la sucesión testada, de la intestada y en el reconocimiento de los derechos legitimarios. Eso sí, brevemente respecto del ordenamiento chileno³³, en primer lugar, aclarar que no existe un derecho a la herencia que se encuentre constitucionalmente protegido. En segundo lugar, respecto de la sucesión intestada, mencionar que existen diferentes órdenes sucesorios, donde en el primer orden nos encontramos a los hijos en concurrencia con el cónyuge o conviviente civil; en el segundo orden al cónyuge/conviviente civil sobreviviente y los ascendientes; en el tercer orden a los hermanos; en el cuarto a los parientes colaterales hasta el sexto grado y, finalmente, en el quinto y último orden sucesorio intestado se encuentra el Fisco (arts. 980 a 995 del Código Civil chileno). Para concluir, esta breve referencia, respecto del reparto de las asignaciones forzosas, la mitad del patrimonio constituye la legítima rigorosa que se reparte conforme a las reglas de la intestada entre los legitimarios (art. 1183 CC); existe una cuarta de mejora donde lo que se limita es la atribución solo a legitimarios o personas con vocación legitimaria, pero sin un porcentaje fijo (art. 984 CC) y una cuarta de libre disposición de la que puede disponer libremente el causante (art. 984 CC).

4.1. Sucesión testada

Si el testador o testadora quiere incentivar testamentariamente el cumplimiento del deber de cuidado por sus familiares, tiene dos opciones posibles. Una, que en uso de su autonomía de la voluntad utilice la variable del deber de cuidado para recompensar a aquel que lo cumpla y la otra, que use dicha autonomía para sancionar a aquel que lo deje en una situación de abandono, esto es, que incumpla su deber de cuidado.

4.1.1. Disposiciones testamentarias para recompensar el cuidado

El Código Civil chileno no prevé expresamente un régimen de disposiciones a favor de quien cuida al testador o testadora, pero nada impide que en el uso de su autonomía de la voluntad se incorporen testamentariamente disposiciones en este sentido³⁴. Así el testador anciano, en el uso de la autonomía de la voluntad, podría intentar garantizarse

33. El manual más actualizado donde poder consultar los aspectos básicos del ordenamiento chileno es GÓMEZ DE LA TORRE, M., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2022.

34. NIETO ALONSO, A., «Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad», *Indret*, N.º 3, 2023, pp. 217-272.

dicho cuidado con una atribución sucesoria en forma de heredero o legatario o de mejora en el caso de existir legitimarios para aquella persona o personas que le cuiden en su vejez. En este último sentido, por ejemplo, el testador podría condicionar la atribución de la mejora en favor del legitimario o persona con vocación legitimaria que le cuide hasta su fallecimiento, lo que es posible en virtud del artículo 1195.2° CC, de tal manera que incumplida la condición no se atribuiría la mejora³⁵. Si el testador realiza una disposición en favor de «la persona que me cuide, o que me atienda en situación de necesidad, o que me asista hasta mi fallecimiento» son varias las cuestiones que deben resolverse.

En primer lugar, respecto de la calificación de estas disposiciones, si la disposición se vincula al cuidado de la testadora, esto es «nombro heredera a X si me cuida hasta mi fallecimiento», generalmente se entenderán hechas como *Instituciones de heredero o legatario sujetos a una condición suspensiva potestativa de hechos pasados*³⁶. Esto es así ya que en el momento de la apertura si efectivamente se prestaron los cuidados el llamamiento es puro o simple y si no se prestaron los cuidados, la condición definitivamente se considerará incumplida. Por lo tanto, de cumplirse la condición en ese caso, se trataría de una condición suspensiva que podríamos calificar de impropia, pues no es condicional al tiempo de la apertura, si bien en el momento del otorgamiento era un evento condicionante de naturaleza suspensiva (art. 1071CC)³⁷.

También es posible que el testador formule la disposición en el siguiente sentido: «Instituyo heredero a X para que me cuide hasta el momento de mi fallecimiento», en ese caso la disposición sería modal, si bien de nuevo su cumplimiento o incumplimiento se verificaría al momento de la apertura, pero conforme a los hechos efectuados en el pasado (art. 1089 CC)³⁸.

35. Sobre las posibilidades de condicionar la mejora, consultar, entre otros, DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho Sucesorio*, Santiago, 2011, pp. 974-975 y ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, pp. 479-481.

36. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de un tercero», *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, pp. 295-297; NIETO ALONSO, A., «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 1050-1051 y VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama de Derecho de sucesiones: Fundamentos*, Madrid, 1982, p. 406.

37. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho Sucesorio*, Santiago, 2011, pp. 526 y GARCÍA RUBIO, M. P., «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 488-489.

38. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho Sucesorio*, Santiago, 2011, pp. 584-586. Desde una perspectiva comparada en regulaciones como el Código Civil catalán, donde se regulan este tipo de asignaciones destinadas a garantizar los cuidados del causante, se establece que en caso de duda se da preferencia a su consideración como un modo o una recomendación antes que una condición (art. 428.1.3 Libro IV Código Civil de Cataluña).

Como todos sabemos, la precisión de la calificación no carece de relevancia práctica respecto a su cumplimiento. Así, si se trata de una condición suspensiva «impropia» y esta se incumple, se entenderá revocada la disposición y se considerará que nunca fue heredero o legatario por la misma (arts. 1078 y 1319 CC). Sin embargo, si entendemos que nos encontramos ante un modo y el beneficiario del mismo es el propio asignatario modal, el incumplimiento por su parte no suspendería la adquisición, de hecho, carecería de consecuencias, ya que, en ese caso, no existe una obligación propiamente dicha, tal y como señala expresamente el artículo 1092 CC, salvo que el testador incluyera una condición resolutoria explícita para el caso de incumplimiento (art. 1096 CC)³⁹.

En segundo lugar, estas disposiciones pueden hacerse a favor de personas determinadas (mi hija A, mi vecino B...), pero también es posible legar o nombrar heredero a «la persona que me cuida». En esos últimos casos nos encontramos ante una asignación en favor de un sujeto no determinado, pero determinable en atención a los criterios señalados por el testador en el testamento, esto es su cuidado, atención o asistencia. A pesar de la indeterminación del sujeto, este tipo de disposiciones en el ordenamiento chileno son válidas en virtud de lo establecido en el artículo 1056.1° CC, ya que existen indicaciones claras en el testamento para determinarlo, son sujetos indeterminados, pero determinables. Tras el fallecimiento lo complejo será acreditar el cuidado exigido y la concreción de la persona que efectivamente lo haya efectuado.

Respecto a la acreditación del cuidado, nos encontramos ante un problema de interpretación testamentaria destinado a precisar qué es cuidado, atención o asistencia para el testador. Considero que es posible entender dentro del cuidado todas las obligaciones derivadas de los alimentos entre parientes que comprenden el sustento, la habitación, vestido, salud (arts. 323, 329 y 330 CC)⁴⁰. En este sentido la doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado que para entender cumplidas dichas labores de cuidado del testador anciano, salvo disposición expresa del mismo, no es necesaria la convivencia en el mismo hogar y no quedan excluidas porque no sean realizadas personalmente por el asignatario y se lleven a cabo en un hogar de ancianos o por un tercero; eso sí, también se precisa que si en vida estas atenciones fueron retribuidas profesionalmente, quienes las realizan quedarían fuera de las asignación *mortis causa*⁴¹.

39. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, pp. 350-351; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 23149)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 109, 2019, pp. 229-260 y NIETO ALONSO, A., «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador: suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», Instituto de Derecho Iberoamericano, *Tribuna*, N.º 4, abril 2023.

40. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Santiago, 2007, pp. 525-526.

41. Véase, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P., «Relaciones de cuidado y *Derecho sucesorio*: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 490-491.

Por su parte, sobre la determinación de quién es la persona que efectivamente realizó este cuidado, de existir dudas, en principio le corresponderá al albacea como ejecutor de testamento su concreción conforme a la voluntad del testador (art. 1270 CC)⁴². De hecho, lo ideal sería que el testador nombrarse un albacea singular con instrucciones claras para que interprete que entiende el testador concreto por «cuidado». De no existir dicho albacea, conforme a la regla general del artículo 1271 CC, podrán los herederos de común acuerdo, a la luz de los elementos probatorios que estimen oportunos, determinar a dicho asignatario.

También sería posible que el llamamiento fuera, por ejemplo, en favor de «los hijos que me cuiden». En ese caso, habría que plantearse si la realización de los cuidados la entendemos asimilable a una obligación solidaria o mancomunada de cara a su cumplimiento. De entenderse como mancomunada, el incumplimiento de uno de los posibles beneficiarios traería consigo la pérdida de la asignación para ese sujeto y, como regla general, el correspondiente acrecimiento en la disposición a favor de aquellos que cumplieren.

Sin embargo, de entender la obligación como solidaria, el cumplimiento de cualquiera de los obligados beneficiaría a todos⁴³. En mi opinión, dado que estamos ante una asignación sucesoria, lo esencial es atender a la voluntad testamentaria a la hora de hacer este tipo de asignaciones, por lo que lo más oportuno sería la consideración de la obligación como mancomunada, pues al hacer la precisión del cuidado, el testador pone de manifiesto que su voluntad es beneficiar a quien efectivamente le cuida, y no solo al hecho de, en general, ser cuidado⁴⁴.

Para concluir, también las disposiciones pueden ser a favor de quien cuida a un tercero, por ejemplo, una madre que establece en su testamento que asigna la cuarta de mejora en favor del hijo o hijos que efectivamente cuiden al padre enfermo, condicionamiento que es posible en la mejora por ser el beneficiario de la condición un asignatario forzoso (art. 1195.2 CC). En esos casos nos encontramos ante asignaciones modales, donde el beneficiario del modo no es el asignatario modal, por lo que podrá solicitarse el cumplimiento o la resolución de la asignación si se estableció una cláusula resolutoria en caso de incumplimiento (art. 1089 y 1090 CC).

En todos estos casos, donde la formulación de la disposición es para recompensar el cuidado, podemos entender que el incumplimiento tendrá distintas consecuencias dependiendo de cómo se haya formulado la asignación.

42. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, pp. 790-792.

43. MARIÑO PARDO, F., «El heredero bajo condición de cuidados», www.iusprudente.com/2015/10/el-heredero-bajo-condición-de-cuidados.html, 2015, pp. 10-11.

44. ESPADA MALLORQUÍN, S., «El cuidado de los ancianos: disposiciones testamentarias y sucesión intestada», *Estudios de Derecho civil* XV, Santiago, 2020, p. 392.

Si el incumplimiento es por culpa del asignatario condicional, en virtud del artículo 1480 CC, se extingue la expectativa sucesoria que pudiera tener. Por otro lado, si se dispone como un asignatario modal con condición resolutoria, donde el incumplimiento del modo es por su culpa, siendo él el beneficiario, en virtud del artículo 1096 CC, los restantes asignatarios podrán solicitar la resolución y el acrecimiento que experimente la herencia no podrá beneficiar a este asignatario, ya que nadie puede aprovecharse de su propia negligencia⁴⁵. Sin embargo, de tratarse de un modo con condición resolutoria, donde el cumplimiento del modo deviene imposible sin culpa del beneficiario, el precepto aplicable en ese supuesto es el artículo 1093.3 CC, que afirma que la asignación subsiste sin la carga modal, es decir que, en ese caso, se convierte en una asignación pura y simple⁴⁶.

4.1.2. Disposiciones testamentarias para sancionar a quien incumple el deber de cuidado

Si lo que pretende el o la causante es sancionar en el testamento a quien no cuida, cabría la posibilidad de plantearse: i) para los no legitimarios, la posibilidad de cláusulas de exclusión de la sucesión intestada y ii) para los asignatarios forzosos, que la falta de cuidado sea una causal de desheredación.

i) Respecto de los no legitimarios implicaría disposiciones, por ejemplo, como «no quiero que mi hermano X herede ninguno de mis bienes, porque no me cuidó». Esta posibilidad de exclusión de los herederos legales no aparece reconocida expresamente en el Código Civil chileno, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos⁴⁷.

A pesar de ello, considero que este tipo de cláusulas de exclusión son válidas en el ordenamiento chileno y que implicaría la pérdida de derechos sucesorios legales ante el incumplimiento de los deberes de cuidado por voluntad del testador. Entiendo que se puede afirmar la validez o licitud de estas cláusulas de exclusión testamentaria de herederos *abintestato*, ya que el principio de libertad de testar faculta al causante a no solo disponer de sus bienes, sino también a apartar de su herencia a algunos herederos legales o a órdenes sucesorios completos, con la única excepción del Fisco por una cuestión de orden público⁴⁸.

45. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2011, p. 597; MESA MARRERO, C., «El incumplimiento culpable del modo testamentario», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 974-976 y RODRÍGUEZ GREZ, P., *Instituciones de Derecho sucesorio*, Santiago, 2002, pp. 184-185.

46. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, p. 352.

47. Así, por ejemplo, en Alemania, el párrafo 1938 BGB establece que el causante puede por testamento excluir a un pariente o a su cónyuge del orden de la sucesión legal, sin instituir a otro heredero; y en un sentido similar los artículos 237-13.1. e); 451-17e) y 423-10 del CC Cataluña.

48. ESPADA MALLORQUÍN, S., «La exclusión de la herencia de los herederos intestados», *Estudios de Derecho civil XII*, Santiago, 2018, pp. 946-948.

Respecto de los efectos de dicha exclusión, dado que los herederos legales no legitimarios son aquellos comprendidos en el tercer orden de sucesión intestada y en los órdenes siguientes (arts. 983, 990, 992 y 995 CC), los efectos básicamente son dos: a) la pérdida del patrimonio hereditario y b) la operatividad del derecho de representación (arts. 984 y 985 CC). En este último punto, si bien no es pacífico en la doctrina⁴⁹, entiendo que, tal y como han señalado varios autores⁵⁰, el fundamento del derecho de representación es evitar que la falta de uno de los herederos llamados por la ley a suceder al causante implique que la parte que a él le correspondía en la sucesión pueda incrementar a otros herederos, rompiéndose con ello el orden natural de afectos, dentro del cual, por ejemplo, la ley entiende que los sobrinos han de concurrir con los hermanos del causante. Dado que nos encontramos dentro de la lógica de la sucesión intestada, donde el orden de sucesión se basa en la hipotética voluntad típica del causante medio, que el testador excluya a un sucesor legal no implica que quiera alterar todas las reglas de la sucesión intestada. Por eso, la exclusión de un sujeto –al igual que su incapacidad– no afectaría a los descendientes del excluido legalmente de concurrir los demás requisitos para que opere el derecho de representación y los representantes del excluido ocuparían su lugar sucediendo en ese caso por estirpe⁵¹.

ii) Respecto de los asignatarios forzosos y la posibilidad de que el incumplimiento del deber de cuidado fuera considerada una causal de desheredación, señalar que en el ordenamiento chileno hoy en día es controvertido defender la validez de la desheredación de un asignatario forzoso por la falta de cuidado.

En nuestro sistema, las asignaciones forzosas operan tanto en la sucesión testada como en la intestada, por lo que la única vía para privar de dichos derechos al legitimario es su desheredación (art. 1207 CC). Luego en estos casos lo determinante es si la desheredación ha sido justa o injusta, es decir, si se ha ajustado a las causales previstas legalmente (art. 1208 CC), pues solo si la cláusula de exclusión de los derechos sucesorios se ajusta a las causales de la desheredación previstas legalmente, dicha cláusula podrá tener efectos.

Según el Código Civil chileno, las causales de desheredación son taxativas y se contemplan en el artículo 1208 CC. Dentro de ellas quizás podría considerarse la falta de cuidado

49. En contra de la operatividad del derecho de representación, en estos casos podemos destacar en el derecho comparado a Salvador Coderch, que considera que, en el caso de la exclusión, la voluntad del testador de excluir implica que dicha exclusión alcanza también a los descendientes del excluido. SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 248 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (director Albaladejo), Madrid, 1986, p. 57.

50. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, pp. 145-147; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2011, pp. 650-655 y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2003, pp. 125-126.

51. ESPADA MALLORQUÍN, S., «La exclusión de la herencia de los herederos intestados», *Estudios de Derecho civil XII*, Santiago, 2018, pp. 952-954.

del testador como «una injuria grave contra la persona del testador» del inciso primero del mencionado artículo. No obstante, parte de la doctrina asimila el término injuria grave a las situaciones de indignidad que implican atentados graves contra la vida, el honor o los bienes del causante, considerando una interpretación extensiva y, por ello, improcedente, la consideración como injuria grave de la contravención de los deberes de cuidado intergeneracionales⁵². Por mi parte discrepo de esa interpretación y entiendo que dicha injuria grave también implica situaciones de abandono y falta del debido respeto, que también podrían reconducirse al término de injuria grave y, por ello, ser una causa legítima de desheredación.

Si se trata de una desheredación justa a través de un testamento negativo, donde la cláusula de exclusión era la única disposición, en virtud de lo establecido en el artículo 1210 CC, dicha exclusión del legitimario comprendería la sucesión testada y la intestada. Si nuestro adulto mayor tiene un hijo y otorga un testamento cuyo único contenido sea: «No quiero que mi hijo C sea mi heredero por haber tratado por la fuerza de impedir que realizara esta disposición testamentaria», en este caso podríamos afirmar que para que la cláusula de exclusión de la sucesión intestada de un legitimario tenga efectos es necesario que dicha exclusión venga motivada expresamente en alguna de las causales de desheredación contempladas en el artículo 1208 CC. De hecho, el desheredamiento implica, en virtud del artículo 1210 CC, que no es necesario que el testador excluya al legitimario de sus derechos en la intestada, pues el desheredamiento produce dicha exclusión.

Si el desheredado por la cláusula de exclusión en el testamento negativo lo es injustamente –en nuestro ejemplo anterior, no es cierto que impidiese testar por la fuerza–, lo oportuno sería el ejercicio de la acción de reforma del testamento (art. 1216 CC) y posterior petición de herencia (art. 1264), donde podría reclamar lo que le corresponde por legítima rigorosa, o por la efectiva en su caso (art. 1217 CC). Este «en su caso» no deja de ser complejo de interpretar. Si no nos encontramos ante un testamento negativo puro, sino que se trata de un testamento donde el testador además de la cláusula de exclusión, también dispuso de la cuarta de mejora o de la cuarta de libre disposición, en virtud de lo establecido en el citado artículo 1217 CC podríamos entender que lo que el legitimario excluido injustamente puede reclamar en su acción es exclusivamente lo que le debería corresponder por legítima rigorosa.

Sin embargo, si se trata de un testamento puramente negativo cuyo único contenido es la exclusión del legitimario de la herencia y no nos consta una voluntad explícita de mejorar a ninguno de los otros legitimarios y no se ha dispuesto de la cuarta de libre disposición, entendería que lo que correspondería reconocerle al legitimario excluido injustamente sería la legítima efectiva (art. 1217 CC), por el efecto del denominado

52. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, pp. 550-551.

acrecimiento de rigorosa a rigorosa (art. 1191 CC) y no exclusivamente la legítima rigorosa, a pesar de que nos conste la voluntad del testador de excluir al legitimario⁵³.

Respecto de la jurisprudencia en esta materia es prácticamente inexistente, por ello no se ha hecho referencia en apartados anteriores. Sin embargo, respecto de la desheredación de una legitimaria por falta de cuidado y atenciones directas con la testadora podemos destacar la reciente Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coihaique de 19 de junio de 2023 (CL/JUR/25442/2023). En la fundamentación de la sentencia resulta oportuno destacar el Considerando 9º, donde se establece «(...) la obligación legal de cuidado de los padres, también denominada en la doctrina como deber de socorro y protección, obliga a los hijos de cualquier edad respecto de sus padres y puede extenderse en favor de los demás ascendientes en caso de insuficiencia o inexistencia de inmediatos descendientes. Este deber de socorro implica factores materiales y/o personales que se concreta en comportamientos activos de los hijos. En el ámbito personal supone los cuidados y atenciones directas que un hijo debe prestar a su padre o madre en diversas circunstancias, especialmente en la tercera edad y en situaciones de enfermedad. En el ámbito material, alude principalmente a cubrir necesidades económicas en casos de precariedad que no pueden ser solventadas total o parcialmente por el padre; su principal manifestación es el deber de alimentos, que se traduce por ejemplo en el pago de una pensión fijada, o recibiendo en su propia casa al padre anciano, costeando la residencia geriátrica o el centro asistencial respecto del padre enfermo o demente, entre otras. En este escenario de vulneración grave y reiterada de este deber de cuidado supone un abandono familiar y genera sanciones civiles de naturaleza patrimonial por la dificultad obvia de compeler adecuadamente a su cumplimiento en naturaleza».

4.2. Sucesión intestada

Una vez analizado el deber de cuidado y la solidaridad desde el ejercicio de la autonomía de la voluntad del testador, corresponde ver si existe algún tipo de repercusión por el incumplimiento de este deber si nos encontramos en una sucesión intestada.

En la sucesión intestada, considero que hay que partir precisando el fundamento o *ratio legis* de las asignaciones. Podemos afirmar que la atribución de asignaciones en la sucesión intestada se trata de una ficción jurídica sobre la hipotética voluntad típica de un causante medio, con independencia de cuáles sean los afectos reales del causante concreto. Esto es, cómo hubiera actuado presumiblemente un testador medio de realizarse ciertas conductas reprochables. Los órdenes sucesorios intestados serían, en línea con lo sostenido en este artículo, la expresión de una comunidad familiar de vida y patrimonio que por su importancia social se decide proteger legalmente y donde

53. ESPADA MALLORQUÍN, S., «La exclusión de la herencia de los herederos intestados», *Estudios de Derecho civil XII*, Santiago, 2018, pp. 954-956.

se presume la solidaridad familiar entre los familiares con delación según los órdenes establecidos.

En este contexto de sucesión intestada puede sostenerse que el incumplimiento de la solidaridad familiar intergeneracional por el abandono o falta del deber de cuidado del adulto mayor implicaría la existencia de una causal de indignidad. El abandono o la falta del debido cuidado sería un comportamiento reprochable socialmente, lo que implica una falta de mérito para suceder al causante, esto es su indignidad⁵⁴.

La aplicación del principio de solidaridad familiar en la sucesión intestada permite argumentar que lo que se garantiza a los herederos legales no es una igualdad matemática o porcentual de las asignaciones por la mera constatación de vínculos civiles o consanguíneos. Este principio permite justificar que el reparto no sea necesariamente uniforme y tener presente la realidad familiar concreta, logrando con ello incentivar las relaciones familiares cuyo fortalecimiento se pretende garantizar por el legislador; esto es, aquellas familias en las que los miembros se respetan, ayudan y cuidan mutuamente. Las relaciones de familia generan especiales vínculos que justifican atribuciones personales en atención a la relación familiar que se presume mantienen los individuos que la componen. La inexistencia del vínculo o de la relación familiar real y efectiva elimina la causa que justifica en el ordenamiento la necesidad de la atribución sucesoria⁵⁵.

Siguiendo esta argumentación, en otros ordenamientos jurídicos, esta visión de las relaciones familiares actuales y sus consecuencias sucesorias ha motivado la inclusión de una nueva causal de indignidad por la falta de trato familiar o de relación continuada en el tiempo con el causante, con independencia del estado de salud mental de este último. Por ejemplo, en el Código Civil austriaco (art. 773 a ABGB), en el Código Civil de Luisiana (art. 1621 A (8)) o el Código Civil catalán (art. 451-17.2 letra e). También esta idea subyace en la *forteiture rule* del *Common Law* donde –en estricto rigor– no existe una figura paralela a la indignidad para suceder⁵⁶.

54. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, p. 52. En idéntico sentido en el ámbito comparado podemos destacar, entre otros: MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *La indignidad para suceder*, Valencia, 1995, pp. 65-66 y COCA PAYERÁS, M., «Indignidad para suceder», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1995, pp. 3532-3533.

55. ESPADA MALLORQUÍN, S., «El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia», *Estudios de Derecho civil XVI*, Santiago, 2023, pp. 376-377. En contra se manifiesta GARCÍA GOLDAR, M., «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y desheredación», *Revista de Derecho Inmobiliario*, N.º 786, 2021, p. 2498, que afirma que la consideración de una causal de indignidad en los casos de abandono puede no corresponderse con la voluntad real del causante y, por ello, provocar un incremento de las rupturas familiares, entendiéndose por ello que no procede su inclusión como causal.

56. GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Navarra, 2011, p. 251.

En el ordenamiento chileno no existe la mención expresa al abandono o incumplimiento del deber de cuidado como causal de indignidad, pero, a diferencia de las causales de desheredación del artículo 1208 CC, no existe una disposición expresa que determine que las causales de indignidad de los artículos 968 y siguientes del Código Civil son taxativas. Existe una presunción simplemente legal de dignidad (art. 961 CC), por lo que la indignidad debe ser declarada judicialmente para producir efectos a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno (art. 974 CC)⁵⁷.

Es por ello que, en mi opinión, los tribunales podrían afirmar la reprochabilidad social de las conductas de manifiesto abandono de los adultos mayores, pues implican socialmente una falta de mérito del sujeto para suceder al causante por incumplimiento de sus deberes de cuidado y de la solidaridad familiar que fundamenta su atribución patrimonial⁵⁸. La causal de indignidad de los parientes por incumplimiento del deber de cuidado se fundamenta en la situación de vulnerabilidad del causante y de la ausencia de ayuda por parte de aquellas personas que están llamadas a sucederle.

Además, los tribunales podrían acudir para interpretar qué tipo de conductas infringirían este deber de cuidado a la definición amplia de abandono que se contempla en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, esto es, «la falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral».

4.3. Las asignaciones legitimarias y la solidaridad

Para concluir el análisis de las consecuencias sucesorias del principio de solidaridad y el deber de cuidado del adulto mayor, hay que reflexionar sobre el fundamento legislativo de la atribución de los derechos legitimarios, pues nos enfrentamos a un problema donde existe un importante peso ideológico y cultural en la actitud de los juristas ante la legítima⁵⁹.

57. Stock Contesse, Edwin Mario contra Marfull Gilabert, Clara Lidia del Rosario (2009): Corte Suprema 6 octubre 2009, considerando 6° , LegalPublishing, CL/JUR/1887/2009, rol N.° 2618-2008.

58. ESPADA MALLORQUÍN, S., «El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia», *Estudios de Derecho civil* XVI, Santiago, 2023, pp. 374-375.

59. En este sentido son famosas las palabras de Montesquieu cuando afirma que «alimentar a los hijos es una obligación de derecho natural; darles la sucesión es una obligación de derecho civil o político», referenciado entre otros por BARRIO, A., *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al Derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, 2012, p. 503.

Las últimas tendencias legislativas⁶⁰ y doctrinales⁶¹ abogan por el mantenimiento de estas asignaciones, pero solo en casos de necesidad o dependencia, lo que implica que el fundamento de la legítima pasara a ser asistencial para aquellos familiares que se encuentren en situación de necesidad al momento del fallecimiento del causante. La asignación forzosa sería un derecho individual excepcional para casos donde sea necesario garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de ciertos familiares para su subsistencia. Sin embargo, estadísticamente teniendo en cuenta la mayor esperanza de vida, hoy en día, los legitimarios ya han alcanzado la estabilidad económica y profesional cuando heredan, por lo que difícilmente se van a encontrar en situación de necesidad. Sería una regla que se aplicaría muy marginalmente, por lo que en ese caso sería preferible que el testador pueda disponer siempre de sus bienes libremente.

Al igual que MIQUEL⁶² o ROCA⁶³, entiendo que las asignaciones forzosas no son un deber moral, pues existen varias formas de organizar los efectos del fallecimiento; la legítima es un derecho legal, pero no moral; es una decisión de política legislativa, pues nadie está legitimado para reclamar la titularidad sobre unos bienes en cuya adquisición no ha participado. Eso sí, que no sea un derecho moral, tampoco significa que la ley no pueda crear un derecho a participar por vía sucesoria de la riqueza creada por el causante. En este sentido, varias reformas legislativas han flexibilizado su regulación mediante, por ejemplo, la ampliación de las causas de desheredación, dando paso a cláusulas abiertas o más amplias como la desheredación por falta de trato familiar. Estas reformas, si bien dan más margen a la autonomía de la voluntad del testador, no dejan claro el fundamento de por qué ciertos parientes deben verse favorecidos con una asignación⁶⁴.

60. El ejemplo prototípico de este tipo de regulación es la reforma de 1996 del artículo 1493 del Código Civil de Luisiana. Disponible en <https://lcco.law.lsu.edu/?uid=53&ver=en#53>, pues limitó la legítima en favor de los descendientes solo a los hijos menores de 24 años, a los discapacitados de forma permanente y a los que probablemente estarían discapacitados en un futuro debido a una enfermedad hereditaria incurable.

61. En el derecho chileno podemos destacar en este sentido a RODRÍGUEZ PINTO, M. S., «Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente del sistema sucesorio chileno», *Estudios de Derecho civil* V, Concepción, 2009, p. 667.

62. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Notas sobre «la voluntad del testador»», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 6, 2002, pp. 153-154.

63. ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, Valencia, 2014, pp. 231-233.

64. En este sentido Arroyo y Farnós han puesto de manifiesto que este tipo de modificaciones a la hora de aplicarse lo que conducen es a dejar al arbitrio de los tribunales la elección entre el testador abandonado o maltratado por sus parientes y los legitimarios que entienden que son desheredados injustamente. Ante esta disyuntiva no es claro a quién van a preferir los jueces. Como señalan estas autoras, mientras no se precise cuál es el fundamento del legislador al garantizar las asignaciones forzosas, reformas de este tipo solo incrementan la litigiosidad, la inseguridad jurídica y no se traducen necesariamente en resultados más equitativos entre libertad y protección de la familia; ARROYO, E. y FARNÓS, E., «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, N.º 2, Barcelona, 2015, p. 23.

Llegado a este punto de la argumentación, al igual que VAQUER, consideramos que lo esencial es fijar una primera premisa que consiste en constatar si nos encontramos dentro de los países que consideran la regulación de la legítima como una forma de protección de la familia que debe ser garantizada. De ser así, como considero es el caso de la regulación chilena⁶⁵, la siguiente pregunta esencial es cuál es el fundamento de la concreta asignación forzosa en favor de ciertos familiares. Al igual que el mencionado autor, entendiendo que solo tenemos dos posibilidades de respuesta a esa pregunta. O la asignación forzosa es efectivamente un derecho legal de determinados parientes o se trata de una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional⁶⁶. Si lo consideramos un derecho del legitimario, es un deber unilateral del causante respetarlo; sin embargo, si hablamos de solidaridad familiar, la reciprocidad va implícita en el término y el causante podría tener un margen legítimo para acumular, reducir o negar una atribución, es decir, la autonomía de la voluntad del testador tendría un margen más amplio que le permitiría actuar conforme a su realidad familiar concreta y no hipotética o ideal.

En Chile podríamos afirmar que el legislador sucesorio sigue concibiendo las asignaciones forzosas como un mecanismo idóneo de protección de la familia, que como pilar fundamental de la sociedad debe ser fortalecido teniendo mayor peso en la balanza que la libertad de testar del causante⁶⁷. Sin embargo, respecto a la flexibilización del fundamento de las asignaciones forzosas, el legislador chileno y parte de la doctrina nacional es mucho más conservadora e interpretan la norma vigente como el derecho del legitimario por sobre criterios de solidaridad familiar⁶⁸.

En este sentido, sirva como ejemplo que respecto de las causales de desheredación se afirma que las causas por las que se puede desheredar a un legitimario son solo las enumeradas en el artículo 1208 del Código Civil, con independencia de que el comportamiento que pudiera llevar a cabo el legitimario respecto del causante pueda

65. Para una referencia al fundamento de esta afirmación, ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 36, 2021, pp. 115-123.

66. VAQUER ALOY, A., «Acercas del fundamento de la legítima», *Indret*, 2017, N.º 4. Barcelona, p. 2 y «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causal de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 1067-1095.

67. Salah ha destacado que también la concepción de la igualdad en el ámbito del derecho sucesorio tiene un papel esencial de cara a las reformas necesarias. Así concuerdo con la autora cuando señala que: «La ley y la dogmática tienen el desafío de incorporar criterios más sofisticados de igualdad en el ámbito sucesorio. Con ello, se puede alcanzar una igualdad ya no matemática, porcentual o numérica, sino que una igualdad que tome en consideración la situación y dignidad de las personas», SALAH ABULESME, M. A., «Tres visiones de la igualdad para el Derecho sucesorio», *Fundamentos filosóficos del derecho chileno*, Santiago, 2019, p. 558.

68. En este sentido MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados», *Indret*, N.º 3, 2023, pp. 396-429.

llegar a considerarse más grave que los contemplados en el precepto⁶⁹. Según esta argumentación, se debería respetar el derecho a suceder al causante, aunque, por ejemplo, el legitimario llevara más de veinte años sin relacionarse con él.

Estoy de acuerdo con la concepción de las asignaciones forzosas como un mecanismo de protección de las familias, pero no con la justificación de su atribución desvinculada de la familia. En mi opinión, es necesario plantear un nuevo enfoque respecto del fundamento de las legítimas. La libertad de testar absoluta tiene riesgos manifiestos para ordenamientos donde la protección de la familia es un pilar esencial. Si la familia se protege por su arraigo social, cultural y constitucional dentro de la organización social del Estado, otorgarle protección a través de las asignaciones forzosas tendrá más sentido que privilegiar criterios individualistas o meritocráticos en función de los intereses del causante titular del patrimonio⁷⁰. Si aceptamos esta premisa, esto no significa que en aquellos ordenamientos donde se opte por tal protección familiar a través del reconocimiento de asignaciones forzosas, solo pueda dicha protección conseguirse mediante el estableciendo derechos a cuotas o elevadas porciones del patrimonio del fallecido.

Entiendo que la institución de la legítima es una herramienta para garantizar y proteger a la familia como red de solidaridad o unidad emocional en sentido amplio, luego lo esencial para su atribución es la constatación de una solidaridad familiar efectiva que justifique garantizar una asignación tras el fallecimiento, pero que igualmente legitime su pérdida en los casos en los que dicha solidaridad no sea real y efectiva. En este sentido, la solidaridad en el ámbito sucesorio no se asemeja con equidad o distribución igualitaria, ya que no existe una evidencia empírica de que el reparto igualitario de la sucesión de un determinado porcentaje de la herencia produzca un efecto real de redistribución de la riqueza entre los asignatarios forzosos⁷¹. Más que hablar de un reparto intergeneracional redistributivo⁷², entiendo que lo relevante es la solidaridad efectiva dentro y en la familia. Esto significa que el ordenamiento reconoce un derecho exclusivamente a aquellas personas que, por la ayuda mutua otorgada, relación de comunidad de vida y afectos prolongada en el tiempo, asistencia en situaciones de necesidad o discapacidad, son merecedoras de la misma. Se les garantiza dicha atribución porque dicha solidaridad familiar real es el reflejo de la familia que constitucionalmente como institución se pretende proteger o garantizar como pilar

69. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015, p. 547.

70. ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 36, 2021, pp. 132-133.

71. En este sentido Vaquer hace referencia a un estudio sueco en sobre esta materia; VAQUER, A., «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, N.º 4, Barcelona, 2017, p. 16, nota 59.

72. ELORRIAGA DE BONIS, F., «La libertad de testar y sus restricciones. Consideraciones para su eventual revisión en Chile», *Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago, 2019, p. 88.

fundamental de la sociedad⁷³. No se trata de derechos adquiridos, sino de atribuciones legales basadas en la constatación de la solidaridad familiar que justifica su atribución y protección.

De no existir ese trato familiar solidario, o encontrándonos directamente ante situaciones de abandono o falta grave del cumplimiento de deberes familiares, sería legítimo privar a los asignatarios forzosos de su legítima⁷⁴. Esto implicaría flexibilizar la interpretación de las casuales de desheredación y acoger la interpretación amplia de las causales de indignidad en este sentido por incumplimiento de dicha solidaridad familiar, entendida como fundamento de la asignación forzosa y del deber de cuidado y respeto. La consideración de la solidaridad familiar efectiva como fundamento de la asignación forzosas permitiría equilibrar la balanza entre la libertad de testar absoluta y el derecho legitimario prácticamente garantizado por la constatación de un vínculo de parentesco o institucional⁷⁵.

73. VAQUER ALOY, A., «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, N.º 4, Barcelona, 2017, pp. 20-21.

74. En este sentido BARCELO DOMENECH, J., «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, febrero, 2016, pp. 289-302.

75. ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 36, 2021, p. 134.

5. CONCLUSIÓN

La tesis central del presente artículo radica en defender la importancia del principio de solidaridad familiar como fundamento actual de instituciones sucesorias básicas como las asignaciones legales y las legítimas.

Los cambios sociológicos, culturales y demográficos justifican replantearse el sentido de estas instituciones y su posible contribución a problemas sociales relevantes como es la garantía del cuidado de los adultos mayores. A través de los argumentos expuestos en el artículo se pretende generar una instancia de reflexión sobre cómo emplear el *Derecho sucesorio* para contribuir desde el ámbito del derecho privado a garantizar el cumplimiento de dicho deber de cuidado, así como a respetar la autonomía de los adultos mayores.

La comprensión de la solidaridad familiar como fundamento de las asignaciones intestadas y legitimarias justifica que ante situaciones de abandono o falta de cuidado de adultos mayores sea cuestionable mantener estas atribuciones sucesorias en favor de quienes incumplen sus deberes familiares de cuidado recíproco. Se generan de esta forma incentivos sobre las relaciones familiares que se quiere fortalecer desde el ordenamiento, pues solo se reconocen asignaciones por ley a quienes respetan su deber de cuidado intergeneracional derivado de la solidaridad que caracteriza las relaciones familiares. Estas asignaciones legales y forzosas se convierten en una forma de otorgar protección a las relaciones familiares cuyo fortalecimiento se pretende garantizar constitucionalmente, esto es, aquellas basadas en la solidaridad y ayuda mutua y que configuran el pilar fundamental de la sociedad (art. 1° CPR).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Madrid, 1999.
- AMENGUAL COLL, G., *La solidaridad. Historia, concepto y propuesta*, Comillas, 2021.
- AMENGUAL COLL, G., «Las tensiones del concepto de solidaridad», *La idea de solidaridad en el derecho*, Colombia, 2023, pp. 217-244.
- ARROYO, E. y FARNÓS, E., «Entre el testador abandonado y el legítimo desheredado. ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, N.º 2, Barcelona, 2015.
- AYUSO SÁNCHEZ, L., «El deber de apoyar a la familia: Una revisión del pacto intergeneracional de ayudas familiares en España», *Panorama Social*, N.º 15 (primer semestre), 2012, pp. 143-158.
- BARCELÓ DOMENECH, J., «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, 2016, pp. 289-302.
- BARRIO, A., *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, 2012.
- BAZO, M. T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, N.º 2, 2008, pp. 73-85.
- BENGTONS, V.L. y ROBERTS, E.L., «Intergenerational solidarity in aging families: An example of formal theory construction», *Journal of Marriage and the Family*, 53, 1991, pp. 856-870.
- CARO, S., «Relaciones familiares y sociabilidad», *Quinta encuesta nacional de calidad de vida en la vejez*, Santiago, 2019, pp. 59-77.
- COCA PAYERÁS, M., «Indignidad para suceder», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, 1995, pp. 3532-3533.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de un tercero», *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, pp. 285-321.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, M., *Derecho Sucesorio*, Santiago, 2011.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2015.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., «La libertad de testar y sus restricciones. Consideraciones para su eventual revisión en Chile», *Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago, 2019, pp. 67-102.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., «La exclusión de la herencia de los herederos intestados», *Estudios de Derecho civil XII*, Santiago, 2018, pp. 945-960.

- ESPADA MALLORQUÍN, S., «El cuidado de los ancianos: disposiciones testamentarias y sucesión intestada», *Estudios de Derecho civil XV*, Santiago, 2020, pp. 387-399.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., «Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 36, 2021, pp. 113-140.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., «El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia», *Estudios de Derecho civil XVI*, Santiago, 2023, pp. 367-381.
- FACAL, T. y TORRÉNS, M. P., «Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el Derecho de sucesiones», *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coordinador Ángel Luis REBOLLEDO), Madrid, 2010.
- FLAQUER, L., «Las funciones sociales de la familia», *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, N.º 98, 1995, pp. 39-48.
- GARCÍA GOLDAR, M., «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y desheredación», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, N.º 786, 2021, pp. 2482-2516.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 479-504.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Madrid, 2021, pp. 279-290.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Navarra, 2011, pp. 226-274.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M., *Derecho sucesorio*, Colección Tratados y Manuales, Santiago, 2022.
- GURIDI RIVANO, M. R., «Reconocimiento del concepto de solidaridad familiar como principio en el Derecho de Familia chileno», en *Intervenciones socio jurídicas en familias. Desafíos de la Sociedad contemporánea*, Santiago, 2022, pp. 17-39.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina: ¿Hacia un derecho de la ancianidad?», *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, N.º 1, 2006, pp. 37-68.
- LATHROP GÓMEZ, F., «Protección jurídica de los adultos mayores en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N.º 1, 2009, pp. 77-113.
- LEPÍN MOLINA, C., «Los nuevos principios del Derecho de Familia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 23, 2014, pp. 9-55.
- MARIÑO PARDO, F., «El heredero bajo condición de cuidados», en www.iusprudente.com/2015/10/el-heredero-bajo-condición-de-cuidados.html, 2015, pp. 1-15.

- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados», *Indret*, N.º 3, 2023, pp. 396-429.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 23149)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 109, 2019, p. 229-260.
- MEIL LANDWERLIN, G., «Cambios en las relaciones familiares y en la solidaridad familiar», *Arbor*, CLXXVIII, 702 (junio), 2004, pp. 263-312.
- MEIL LANDWERLIN, G., *Individualización y Solidaridad familiar*, Barcelona, 2011.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *La indignidad para suceder*, Valencia, 1995.
- MESA MARRERO, C., «El incumplimiento culpable del modo testamentario», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014, pp. 969-982.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Notas sobre 'la voluntad del testador'», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 6, 2002, pp. 153-190.
- MORA MENDOZA, B., «Solidaridad familiar y resiliencia», *Documentos de Trabajo Social*, N.º 51, 2012, pp. 99-114.
- NIETO ALONSO, A., «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador o a otras personas por él designadas», *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1043-1066.
- NIETO ALONSO, A., «Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad», *Indret*, N.º 3, 2023, pp. 217-272.
- NIETO ALONSO, A., «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador: suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», *Instituto de Derecho Iberoamericano, Tribuna*, N.º 4, abril 2023.
- OBSERVATORIO SOCIAL DEL GOBIERNO DE CHILE, *Personas mayores, envejecimiento y cuidados*, https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/grupos-poblacion/Documento_de_resultados_Personas_mayores_envejecimiento_y_cuidados_31.07.2020.pdf, 2020.
- OBSERVATORIO SOCIAL DEL GOBIERNO DE CHILE, *Informe sobre la situación de bienestar de las mujeres. Conciliación entre la vida personal y el trabajo remunerado y no remunerado*, https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/bienestar-social/220729_Boletin_Bienestar_mujeres.pdf, 2022.
- PAU PEDRÓN, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho civil*, vol. VII, N.º 1, 2020, pp. 3-29.

- PROYECTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Families and Societies*, <https://cordis.europa.eu/project/id/320116/reporting/es>, 2017.
- RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Santiago, 2007.
- ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, Valencia, 2014.
- RODRÍGUEZ GREZ, P., *Instituciones de Derecho sucesorio*, Santiago, 2002.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S., «Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente del sistema sucesorio chileno», *Estudios de Derecho Civil V*, Concepción, 2009, pp. 655-667.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S., «Solidaridad familiar e indignidad sucesoria», *El Mercurio Legal*. Santiago, 9 de marzo 2016.
- SALAH ABULESME, M. A., «Tres visiones de la igualdad para el *Derecho sucesorio*», *Fundamentos filosóficos del derecho chileno*, Santiago, 2019, pp. 535-564.
- SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 248 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (director Albaladejo), Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ CASTIÑEIRA, S., «La transformación de la solidaridad familiar desde los servicios sociales básicos en España», *Papers*, 106/1, 2021, pp. 95-118.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho sucesorio*, 6^º ed., Santiago, 2003.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama de Derecho de sucesiones: Fundamentos*, Madrid, 1982.
- VAQUER ALOY, A., «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, N.º 4, Barcelona, 2017.
- VAQUER ALOY, A., «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causal de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 1067-1095.
- VAZZANO, F., «La solidaridad en el sistema de *Derecho de Familias*. Especiales consideraciones sobre el Código Civil y Comercial», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N.º 18/N.º 51, 2021, pp. 69-93.

EL CÓNYUGE VIUDO COMO HEREDERO FORZOSO ESPECIAL Y LA COLACIÓN HEREDITARIA*¹

M^º EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

RESUMEN

El art. 807. 3 CC establece que el viudo es un heredero forzoso distinto de los demás. No obstante, surgen dudas sobre la aplicación al mismo de normas dispuestas para otros legitimarios. Parece acertada la tesis, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, que excluye al viudo de la obligación de colacionar la donación recibida del cónyuge premuerto, si bien requiere ciertas precisiones. Una reflexión sobre las cuestiones que origina este problema contribuye a considerar los derechos del cónyuge en tiempos de revisión de las legítimas.

PALABRAS CLAVE

Viudo, legítima, donación, colación, imputación, herederos, igualdad.

* Fecha de recepción: 24-02-2024. Fecha de aceptación: 10-04-2024.

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros» (PID2019-104226GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

THE WIDOWED SPOUSE AS A SPECIAL FORCED HEIR AND THE INHERITED COLLATION

ABSTRACT

Article 807.3 of the Spanish Civil Code establishes that the widowed spouse is a forced heir distinct from the other forced heirs. However, doubts arise regarding the application of the rules set out for other forced heirs to the widowed spouse. The prevailing position in doctrine and jurisprudence which excludes the widowed spouse from the obligation to collate the donation received from the deceased spouse seems well-founded, although it requires certain clarifications. Reflecting on the issues that this problem raises contributes to considering the rights of the widowed spouse in times when compulsory shares are being reviewed.

KEYWORDS

Widowed spouse, compulsory share, donation, collation, imputation, heirs, equality.

SUMARIO

1. Introducción	477
2. Igualdad y cónyuge viudo	481
2.1. La finalidad igualatoria de la colación.....	481
2.2. ¿También reparto igualitario para el cónyuge viudo?	487
3. La colación como deber de los coherederos forzosos.....	497
4. Conclusiones.....	510
Bibliografía.....	512

1. INTRODUCCIÓN

Aunque las legítimas han sido tradicionalmente objeto de debate, ya hace tiempo que se ha acentuado la clásica polémica entre la libertad de disposición del causante y el sistema legitimario como límite a aquella. Los derechos del cónyuge viudo no quedan al margen de la reflexión. Para empezar, puede plantearse la oportunidad de una protección adicional a la que ya suponen las normas sobre régimen económico matrimonial (que tienen en cuenta la colaboración, incluso cuando se trata de un régimen de separación de bienes), habida cuenta del diferente contexto socio-económico actual, tendente a la independencia conyugal sobre la base de que ambos cónyuges pueden proveer, con su trabajo, a su subsistencia y bienestar.

Por otra parte, cuando se piensa en que la voluntad de cada uno de los cónyuges hubiera sido la adecuada protección del otro, a su muerte, se olvida que precisamente en esa presunta voluntad de los esposos se basa la sucesión intestada; de modo que, si el causante no se pronunció, se presume que eso es lo que hubiera querido: que el viudo sea su heredero, si no hay parientes en línea recta (sin perjuicio de que también sea cuestionable su posposición a los ascendientes), o que el viudo reciba el mínimo legal, si los hay. Pero de lo que se trata, si de legítimas hablamos, es precisamente de imponerlas frente o contra la voluntad de los esposos; la legítima es una institución que se aplica a pesar de la voluntad del causante, que dispone de sus bienes a favor de otros. Desde ese punto de vista, toma otro cariz la pregunta sobre la ampliación de los derechos del viudo, cuya respuesta tampoco debe ignorar, de otro lado, el escaso alcance de los que hoy se reconocen (si concurre con los hijos, caso más frecuente, solo sobre un tercio del caudal relicto un derecho de usufructo cuyo valor va disminuyendo a medida que avanza la edad del cónyuge). De mantenerse su legítima, podría abordarse la conveniencia de esta cuota usufructuaria o su sustitución por un derecho de propiedad, así como el alcance o cuantía de ambos. Incluso habría de valorarse si la protección del viudo pasa necesariamente por considerarlo heredero forzoso y si sus intereses o necesidades no pueden quedar satisfechos mediante derechos al margen del sistema de legítimas, tal y como se dispone en el Código Civil de Cataluña, por ejemplo, donde el cónyuge no es legitimario, pero no por eso resulta ignorado (así, arts. 231-30 y 231-31 para el ajuar y el año de viudedad, 442-3 para los llamamientos en la sucesión intestada y 452-1 y siguientes para la cuarta viudal).

La reciente STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) ofrece una nueva oportunidad de comprobar tanto las complicaciones que añade la regulación de la legítima del viudo al ya complejo sistema legitimario como que cualquier solución incide en la controversia sobre la libertad de disposición del causante y los frenos a la misma. Abordando el tema de la sentencia, ¿ha de ser igual el tratamiento de todas las donaciones realizadas en vida por el causante, cualquiera que sea el heredero forzoso donatario? En general, lo niega la doctrina y la jurisprudencia, que rechazan que el viudo deba colacionar el valor de la donación recibida del cónyuge premuerto. Pero esta conclusión no puede obtenerse sin constatar las peculiaridades de la legítima del cónyuge y sin observar que es una solución que favorece al viudo y, por presuponer la imputación de la donación al tercio

libre, es contraria a la libertad de disposición del causante. Si hoy se aboga por la ampliación de la autonomía de la voluntad del causante, resultaría más acorde con la misma la imputación de la donación a la legítima del cónyuge, con el consiguiente deber de colacionar el valor de lo donado, de modo que, dando por cumplidos los deberes del causante mediante donaciones en vida, fuera mayor el margen de libertad para las disposiciones *post mortem*. No obstante, parece que la idea de anticipo de legítima procede más para los descendientes que para el cónyuge, de modo que la naturaleza y fundamento de su legítima no conducen sino a descartar su obligación de colacionar el valor de lo recibido en vida por donación del consorte premuerto.

En el régimen de legítimas del Código Civil se parte de que el usufructo viudal puede resultar incómodo, si no fuente de conflictos entre los herederos y el viudo, razón por la que se regula su conmutación en los arts. 839 y 840. Pero una cosa es «cambiarle» al viudo su derecho de usufructo por otras cosas, y otra bien distinta es negárselo por considerarse que ya tiene recibida su legítima, o incluso más, toda o parte de su participación en la herencia si esta era mayor (fue instituido heredero o legatario por el esposo premuerto), al haber recibido una donación en vida de su difunto consorte.

Si un cónyuge condona al otro una deuda, al fallecimiento de aquel, ¿tiene este que descontarse el valor de lo perdonado de su legítima (capitalizada) y de su cuota (por ser heredero o legatario)?, eso es lo que reclamaban los hijos en el caso de la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724). Si uno de los esposos cede gratuitamente al otro un contrato de reconocimiento de deuda (celebrado entre el cónyuge cedente y extraños), ¿tiene que colacionar su valor el cónyuge cesionario en la herencia del esposo cedente?; así lo solicitaba el hijo demandante en el caso resuelto por la STS de 25 octubre de 2000 (RJ 2000/8549). La petición procedía de la viuda, sin embargo, en el caso que decidió la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187), pues consideraba no colacionable la cantidad de 18.000.000 de pesetas donada a la misma por el marido premuerto, correspondientes a ingresos de efectivo y a la transferencia de un coche (también alegaba la viuda una deuda de la herencia a su favor por los 20.000.000 de pesetas que ella había prestado al causante para realizar unas obras en un chalet del marido fallecido).

El art. 1035 CC impone el deber de colacionar el valor de la donación recibida en vida al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean. Así pues, concurriendo el viudo con los hijos, sean comunes o propios del causante, se daría el presupuesto de la norma. Ahora bien, esta fácil solución es muy discutible; tanto, que la tesis mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia niega la obligación de colacionar del viudo. Y, en efecto, hay que tener en cuenta que el cónyuge viudo siempre ha sido un legitimario «especial». Para empezar, con anterioridad al Código Civil no era heredero forzoso².

2. El cónyuge viudo no era legitimario ni en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto de 1882. El derecho romano solo otorgaba legítima a la viuda pobre. Con anterioridad al Código Civil la solución pasaba por el régimen económico matrimonial; si bien en algún momento se reconoció a la viuda el usufructo de una porción, parece que como heredero forzoso aparece por primera vez

Cuando, con el Código Civil de 1889, se decidió que lo fuera, se añadió en el art. 807.3º que era heredero forzoso el viudo o viuda «en la forma y medida» que establece el Código Civil. El cónyuge viudo siempre ha estado aparte. Por eso, quizá no le sean aplicables normas o instituciones dispuestas para los herederos forzosos en general.

Aparte, frente a los hijos, se consideraba la esposa en el caso de la reciente STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724), de la que podemos partir, pues el planteamiento del problema por las partes y su solución en las diferentes instancias gira en torno a tradicionales argumentos a propósito de la colación por el viudo. En el caso la esposa negaba el deber de colacionar el importe de un préstamo que el cónyuge fallecido le había concedido y luego le condonó. El marido falleció en 2015, bajo testamento otorgado en 2012 con las siguientes disposiciones: «reconoce» a sus tres hijos, Regina, Sabino y Silvia, lo que les corresponde por legítima estricta, por terceras partes iguales; lega a su esposa, Herminia, el pleno dominio del tercio de libre disposición, sin perjuicio de su cuota viudal usufructuaria; instituye heredera en el resto de sus bienes a su hija Silvia, sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente. Son Regina y Sabino quienes reclaman la colación de lo condonado.

Según el JPI, procede considerar la cantidad condonada (45.000 euros) como colacionable, debiendo ser deducida de la masa hereditaria que haya de recibir D.ª Herminia (art. 1035 y ss. CC); al respecto, señala el juzgado, debe señalarse que el cónyuge supérstite es heredero forzoso conforme al art. 807.3º y concordantes CC. Añade que aquella cantidad constituye un anticipo de la herencia que haya de recibir doña Herminia (artículo 1035 CC), de manera que una vez determinado o liquidado el haber de cada coheredero deberá computarse dicha cantidad para serle detrída a doña Herminia de su haber, percibiendo los herederos forzosos el equivalente.

La viuda interpuso recurso de apelación alegando que las donaciones que le hizo el causante solo son «colacionables» en el sentido amplio recogido en el art. 818 CC, pero no en el sentido estricto del art. 1035 CC. Entendía que las donaciones debían computarse para calcular la legítima y valorar si se perjudicaba a los legitimarios, pero no se debían colacionar porque la colación concierne a herederos forzosos que concurren como herederos de la misma clase, es decir, entre coherederos del mismo grupo. Así pues, la

en el CC. Véase LACRUZ BERDEJO, en Lacruz Berdejo, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 84-86; CANO TELLO, C. A., «El artículo 834 del Código Civil desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del derecho de familia español», *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, pp. 393-399; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 1º, Madrid, 2004, pp. 503-506; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Capilla Roncero, F., Espejo Lerdo de Tejada, M., Aranguren Urriza, F. J. (dirs.), Cizur Menor, 2019, pp. 438-443; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Madrid, 2020, p. 21; GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Santiago de Compostela, 2020, p. 55.

cantidad de 45.000 euros donada por el causante no debía ser deducida de la masa hereditaria que había de recibir.

La AP de Huelva confirmó la sentencia del JPI, considerando que el cónyuge es heredero forzoso conforme al art. 807.3 del Código Civil, al igual que los hijos y descendientes del causante. Todos son legitimarios, también el cónyuge viudo en cuanto a cuota legal usufructuaria, por lo que:

«debe colacionar lo recibido por donación, a fin de compensar a los demás herederos forzosos de lo recibido a título gratuito, ya que de no ser así se haría de peor condición a los legitimarios hijos del causante, en relación al legitimario cónyuge viudo, por ello no puede aplicarse a aquellos una obligación que no fuera aplicable a este».

Interpuesto recurso de casación por la viuda, este se estima por el TS. De nuevo alegaba Herminia que los 45.000 euros no son colacionables, pues la posición jurídica de la viuda como legitimaria (en usufructo) no es la misma que la de los hijos (en propiedad). Aunque todos ellos sean herederos forzosos, lo son de diferente forma, y la finalidad de la colación es igualar a los iguales. Los hijos demandantes opusieron que la viuda comparece como legataria del tercio de la herencia y como heredera forzosa, y procede la colación porque por su cuota viudal *ex lege* la viuda es legitimaria (art. 807.3 CC), y, como tal, queda sujeta a la colación (art. 1035 CC); los demandantes solo han recibido el tercio de legítima estricta y, de no llevarse a cabo la colación, se verían perjudicados como herederos forzosos; el crédito percibido por la viuda ha de ser traído a la masa hereditaria y computado en el cálculo de las legítimas y también en la cuenta de partición.

La STS, tras recordar en qué consisten las operaciones de computación y de imputación, niega la colación del valor de la donación por la viuda, como se irá explicando más abajo, básicamente porque la colación afecta a los legitimarios que son herederos y que forman parte del mismo grupo, puesto que la ley presume que el causante querría que la donación fuera un pago a cuenta.

La colación es una institución compleja para la que, en su aplicación a casos concretos, suelen repetirse algunas afirmaciones. Se reiteran en los supuestos de colación entre los descendientes, que son los más frecuentes y los más estudiados. Pero también en los menos numerosos casos en que se plantea si el cónyuge viudo debe colacionar la donación realizada en vida a su favor por su difunto consorte.

Entre las afirmaciones que deben destacarse, en relación con la colación entre hijos, se encuentran, sobre todo, la de que pretende la igualdad entre los herederos forzosos en el reparto de la herencia, aunque también la de que se basa en la consideración de la donación como anticipo hereditario. Otros argumentos clásicos, ahora ya para descartar el deber de colacionar la donación del cónyuge viudo, son que este, como heredero forzoso, no es heredero y la colación requiere la concurrencia de varios legitimarios a título universal; por otra parte, que la colación procede entre los legitimarios del mismo grupo, pues persigue la igualdad entre los iguales.

2. IGUALDAD Y CÓNYUGE VIUDO

2.1. La finalidad igualatoria de la colación

Se encuentran referencias a la finalidad o fundamento igualitario de la colación, aplicada a los descendientes, en las SSTs de 3 de junio de 1965 (RJ 1965/3812), 19 de junio de 1978 (RJ 1978/2357), 17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161), 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549), 18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625), 19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400) y 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619) y en la SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187). Dicha finalidad descansa en la presunción de que el causante no quería la desigualdad de trato entre sus herederos forzosos en las SSTs de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161), 18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625) y 19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400). La igualdad se relaciona, en cambio, con la idea de que la donación es un anticipo de herencia en la STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619) y en la SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187).

No aluden a la igualdad, aunque sí a la consideración de la donación como anticipo de herencia, las SSTs de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9714) y 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724). Según la primera de ellas, el art. 1035 CC «responde a la idea de que, existiendo varios legitimarios, se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante, es un anticipo de la legítima...». En virtud de la segunda, «salvo previsión en contrario del causante (art. 1036 CC), hay que interpretar que la donación hecha al legitimario es un pago a cuenta. Subyace la presuposición por el legislador de que el causante, si no dice lo contrario, querría que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera».

En la doctrina, aunque algunos autores explican diversas teorías sobre el fundamento de la colación, parece que predomina la idea de que la misma se basa en una presunción de la voluntad del causante, bien en el sentido de que se presume que este no querría desigualdades entre sus herederos forzosos, bien en el sentido de que considera la donación un anticipo de herencia³.

3. Explican el fundamento de la colación y diferentes teorías al respecto DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965, pp. 154-165; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. IV, Madrid, 1982, pp. 473-489; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1992, 1, p. 392; MUÑOZ GARCÍA, C., *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona, 1998, pp. 37-39, 117-127; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, pp. 46-47; BADENAS CARPIO, J. M., *La dispensa de la colación*, Cizur Menor, 2009, pp. 78-85 y 168; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 1035», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta online).

Como se ve, el argumento de la igualdad suele situarse en primera línea (también el de la proporcionalidad con las respectivas cuotas hereditarias)⁴. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la tesis de la donación como anticipo hereditario, también recurrente, es más coherente con las posibles, y admisibles, desigualdades (la donación sería, simplemente, un adelanto de lo que se vaya a recibir *mortis causa*, que puede ser bien diferente entre los herederos forzosos en la sucesión testada) y que algunos autores separan la colación de una pretendida igualdad entre legitimarios. Por eso ha de analizarse el alcance del reparto igualitario de la herencia que pretende nuestro sistema sucesorio y, además, cómo casa la noción de anticipo con la participación en la herencia del cónyuge viudo.

La sucesión testada es el ámbito de la posible desigualdad. Donde predomina la igualdad de los descendientes es en la sucesión intestada, de modo que es en esta donde tendría más sentido la colación, si esta persigue un reparto igualitario de la herencia. Así, Morell Terry señaló que es un error o un contrasentido la colación en el ámbito de la sucesión testada: el que desiguala en vida, donando a uno de los dos hijos, y después no dispone nada contra los hechos que realizó en vida, instituyendo a los hijos por mitad, no quiere igualar; «¿por qué presumir una voluntad que puede expresarse claramente?», se pregunta. La presunción de que el causante quería igualar a los hijos puede aceptarse para la sucesión intestada, donde se presume la voluntad de igualar, pero para la sucesión testada cabría presumir lo contrario, sostiene Morell Terry⁵.

En esta línea, algunos autores consideran preferible relacionar la colación con la tesis de la donación como anticipo hereditario⁶. Y muchos señalan que la colación puede

4. Así, MORELL TERRY, J., «Colación especial exigida en el art. 1.035 del Código Civil», *RGLJ*, T. 108, p. 28; SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al art. 1035», *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), Madrid, 1993 (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 37-39; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 2º, Madrid, 2004, p. 1425; GALVÁN GALLEGOS, A., «Operaciones particionales», *La partición de la herencia*, O'Callaghan Muñoz, X. (coord.), Madrid, 2006, p. 330; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Partición y colación», *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2012, p. 117; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ob. cit. (consulta online); RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Pamplona, 2017, pp. 200-202.

5. MORELL TERRY, J., ob. cit., pp. 29-34.

6. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, pp. 487-488 y 498, rechaza expresamente que el fundamento y fin de la colación sea la igualdad entre los herederos forzosos, pues aquellos son subjetivos y se hallan en la presunta voluntad del causante de que lo donado se entienda dado a cuenta de la cuota hereditaria del donatario. DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T. 2, 12ª ed., Madrid, 2017, p. 274, señalan la incoherencia del fundamento de la igualdad en el ámbito de la sucesión testada: la colación, dicen, obedece a la idea de que lo donado a un descendiente es un anticipo de su herencia, «que es cosa distinta de presumir que el causante quiere igualar a todos sus herederos forzosos, pues ello no tendría sentido cuando en el testamento los instituye en proporciones distintas».

servir para lo contrario, es decir, para hacer mayor la desigualdad entre los herederos forzosos, instituidos en cuotas desiguales; así sucederá cuando un hijo toma muy poco, o nada, del caudal hereditario, por haber recibido en vida alguna donación que cubre su mínimo, mientras sus hermanos, instituidos en cuotas mayores, se reparten la mayor parte o toda la herencia. Incluso se ha planteado si, para que proceda la colación, es preciso que el causante haya ordenado que sus herederos le sucedan en cuotas iguales, lo que termina por negarse, pues es admitido que la colación opera tanto en la sucesión intestada como en la testada, y también, en esta última, si el testador instituyó en cuotas desiguales. «Este es seguramente un fallo del sistema», afirma De los Mozos⁷. Como dice García-Ripoll Montijano, «es harto inseguro que el causante que instituye a sus hijos en cuotas desiguales y además les hizo donaciones de distinta cuantía quisiera la colación. Lo más adecuado sería eliminar la colación cuando la sucesión es testada. [...] En todo caso, podría admitirse la colación en la sucesión testada, ante el silencio del causante, si este instituye tal como se dispone para la sucesión intestada»⁸.

A pesar de lo anterior, parece que el sistema sucesorio del Código Civil, y también los preceptos sobre la obligación de colacionar, tienden a la igualdad. De los Mozos explica la colación como normas de derecho dispositivo, que establecen una ordenación típica de las disposiciones del causante; el ordenamiento, impulsado por criterios de equidad, viene a proveer un comportamiento ideal⁹. García-Ripoll Montijano también explica la colación como una norma dispositiva, acomodada a la probable voluntad del causante¹⁰. Se insiste por otros en que la voluntad o finalidad igualatoria no es la del causante, sino la del legislador. Para Sarmiento Ramos la colación parece una nueva consecuencia de la tensión existente entre el deseo legal de igualación de los herederos forzosos y el debido respeto a la voluntad del causante, tensión que se resuelve, una vez más, por la necesidad de un claro pronunciamiento discriminatorio del causante para dejar sin efecto la pretensión igualatoria de la ley¹¹. López Beltrán de Heredia también descarta que

Comparten la idea de anticipo hereditario o pago a cuenta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 2011, p. 408; RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, 2017, p. 338.

7. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 213.

8. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 309, añade que no tiene sentido que el legislador establezca la colación a falta de expresión contraria del causante; la mayoría de las sentencias demuestran, dice, que, con toda probabilidad, los causantes no habrían querido la colación que impone la ley. Para el testamento notarial, sigue, podría establecerse que el notario advirtiera expresamente al testador sobre la posibilidad de imponer la colación y sus repercusiones.

9. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 166-168.

10. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 48-52, critica la tesis de la presunción de la voluntad del causante, pues no admite prueba en contrario a falta de dispensa, y explica que se trata de una norma material.

11. SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit. (consulta online).

la voluntad igualatoria proceda del causante, que puede, perfectamente, desigualarlos; es la ley simplemente la que ordena la imputación a la legítima (art. 819 CC)¹².

En efecto, es la ley, y no el causante, cuya voluntad desigualatoria se admite por aquella, la que impone límites a la posible desigualdad o reconduce a la igualdad las disposiciones discriminatorias. No hay que olvidar que en nuestro sistema el principio general es el de libertad de disposición y que el freno a la misma es la legítima (incluso solo la estricta entre los descendientes, pues estos pueden ser desigualados con la mejora). Como la ley permite las desigualdades, se establece el límite de las legítimas. Contra la voluntad del causante, se impone la legítima. Por tanto, la igualdad se procura en nuestro sistema mediante las legítimas, y si la colación tiene algo que ver con la igualdad, que lo tiene, es por su conexión con las legítimas¹³.

En pro de esa igualdad entre los descendientes, se ordena, primero, que la donación se considere pago a cuenta de la legítima del descendiente (art. 819 CC) y, segundo, y en consecuencia, se establece que también se considere adelanto de la cuota hereditaria del mismo (art. 1035 CC). Ambos límites pueden ser esquivados por el causante de manera sencilla. El primero si el donante declara expresamente que la donación se impute a la mejora (art. 825 CC) o si ordena que se impute al tercio de libre disposición (caso en que el donatario resultará beneficiado sin el perjuicio que supone la mejora para el resto de los herederos forzosos), supuestos ambos en que no procede el tomar de menos en que la colación consiste. El segundo si el donante dispensa de manera expresa la colación del valor de lo donado (art. 1036 CC), lo que se interpreta como voluntad de que no se impute a su legítima, de modo que la donación se imputará al tercio libre¹⁴ (y se discute si, en el exceso, se puede imputar al tercio de mejora, por analogía con lo que dispone el art. 828 CC para el legado, hallándonos ante una mejora tácita, lo que debería negarse por exigir el art. 825 CC, para una imputación contraria a la igualdad, la declaración expresa). No obstante, para beneficiar de manera especial

12. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Valencia, 2009, p. 44. Ahora bien, también precisa la autora que con la norma del art. 819 se puede igualar, por supuesto, a los legitimarios, pero también se puede dejar más sitio en la parte libre para los extraños.

13. Como señala MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», AAMN, 2009, T. II, pp. 498-499, históricamente la legítima ha cumplido una función contraria a la acumulación de la riqueza; ni la solidaridad familiar ni la función económica de la legítima se reducen a una función de sustento o ayuda al establecimiento de los hijos. La cuota legitimaria proporciona igualdad entre los hijos, afirma el autor mencionado.

14. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 130; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., p. 13 y 51. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 297, añade que dispensa de colación implique posible imputabilidad a la parte libre no implica lo contrario: que la imputación a la parte libre signifique dispensa. Porque, a diferencia de la legítima, la parte libre no pertenece a nadie, no llena la cuota necesaria de nadie. Desde el punto de vista contable, se puede donar con cargo al tercio libre y haber colación; no existe incompatibilidad.

a algún legitimario es precisa la voluntad expresa del causante, por lo que, en defecto de la misma, se tiende a un trato igualitario.

Como se acaba de exponer, colación e imputación están muy relacionadas y, estándolo, la finalidad igualitaria de la colación viene por su conexión con la previa imputación de la donación a la legítima. García-Ripoll Montijano transcribe las palabras de García Goyena en relación con el Proyecto de 1851: «en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación»¹⁵. No hay colación si no hay previa imputación de la donación a la legítima. También lo explicaba así De los Mozos, para quien en el art. 1035 la expresión «para computarlo en la regulación de las legítimas» tiene el significado de imputación en la legítima, explicación que pone de relieve el acercamiento entre ambas instituciones, pero no las confunde; lo que es objeto de colación, se imputa en primer término a la legítima y después a la parte libre, habiendo de entenderse para el beneficiado que lo que adquiere es en beneficio de su legítima estricta, indica el autor mencionado¹⁶.

Es por la estrecha relación con la imputación de donaciones y, por tanto, con las legítimas, por lo que la colación consigue igualación. Así, la igualdad absoluta que podría conseguirse en la sucesión intestada también podría decaer si, al donar, el donante ordena la imputación de la donación al tercio de libre disposición o dispensa la colación, falleciendo luego intestado. La institución que conduce a la igualdad es, en principio, la imputación: que la legítima se considere pagada mediante una donación en vida. No obstante, la colación también tiende a la igualdad por dos razones: una, en la medida en que la colación es una consecuencia de la imputación, y, otra, porque la colación, si se quiere distinguir de la imputación, tiene que referirse al tercio de libre disposición. En suma, la ley iguala en la legítima mediante la imputación dispuesta en el art. 819 CC, e iguala en el tercio de libre disposición a través de la colación ordenada en el art. 1035 CC; pero para la colación es necesaria la imputación en la legítima del donatario, pues no se toma de menos si el causante ordenó una mejora o la imputación al tercio de libre disposición. En este sentido, debe destacarse el art. 464-17 del Código Civil de Cataluña, donde se establece que es colacionable el valor de las atribuciones hechas por el causante por actos entre vivos a título gratuito, «siempre y cuando la atribución se haya hecho en concepto de legítima o sea imputable a la misma, o que el causante haya establecido expresamente, en el momento de otorgar el acto, que la atribución sea colacionable»; así pues, según la norma catalana la colación requiere imputación a la legítima, sin perjuicio de que se contemple también la colación voluntaria.

Morell Terry sostiene que el art. 1035 CC tiende a la igualdad o proporción preestablecida entre los herederos forzosos, tanto en la parte de legítima como en la parte libre. Hecha la agregación, dice, los herederos forzosos han de percibir su legítima íntegra siempre; pero además ha de repartirse con igualdad, o en su caso proporcionalmente, el importe

15. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 25.

16. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 141.

total de las donaciones, porque se presume que el causante al donar no quiso desigualar y entregó a cuenta de la legítima. Tiene lugar la colación, añade, siempre partiendo de la base de que la donación deba imputarse a la legítima, por no haber expresado el causante que sea una mejora o que se aplique a la parte libre, pues habrá de presumirse la voluntad del causante de que sus herederos forzosos queden igualados (siempre en la sucesión intestada, y también en la testada cuando se realiza siguiendo las reglas de aquella)¹⁷.

García-Ripoll Montijano afirma que, tendiendo las legítimas al reparto igualitario de la herencia, la colación es una institución al servicio de la misma finalidad; la colación, añade, propende a la igualdad: habrá más a repartir entre los herederos forzosos¹⁸. En definitiva, termina, el régimen típico que establece la ley es la igualdad entre los legitimarios, pero admite que se pueda establecer una desigualdad; la imposición de la colación, salvo dispensa expresa, no puede ser entendida sino en virtud de un sistema sucesorio que pretende el reparto igualitario de la herencia entre la familia del causante. Ahora bien, indica que la colación solo puede desempeñar su papel propio cuando al menos una parte de lo donado pueda ser imputado fuera de la legítima del donatario, pues, de no ser así, toda la liberalidad se imputará a la legítima de este, por la preferencia del art. 819 CC sobre el art. 1035 CC, y no habrá colación¹⁹.

Por su parte, López Beltrán de Heredia explica que la colación afecta a los legitimarios, quienes tomarán de menos del caudal relicto el valor de las donaciones que se han imputado a su porción. La toma de menos es consecuencia de la imputación, dice. Precisamente, añade, porque el art. 819 CC ordena imputar la donación a su legítima, el heredero forzoso, al rellenar su cuota legal, tomará de menos el valor de lo ya recibido en vida del causante. Y en relación con la finalidad igualatoria de la colación, López Beltrán de Heredia afirma que la igualación se consigue generalmente en virtud de lo establecido en el art. 819 CC, y no en virtud de los arts. 1035 y siguientes²⁰. Imputada

17. MORELL TERRY, J., ob. cit., pp. 37-45 y 116.

18. También en un trabajo anterior GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, 3, p. 1141, sostenía que el fundamento de la colación se encuentra en la voluntad de la ley de mantener la igualdad sucesoria de los legitimarios, admitido que en el testamento se pueden establecer cuotas desiguales entre los herederos forzosos; todo ello a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

19. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 70, 74, 77, 79-83, 297. No obstante, matiza el autor que la colación no produce plenamente la igualdad, pues mantiene una igualdad proporcional, al respetar las cuotas establecidas por el testador. Pero, dice, la norma tiene por objeto la protección de un interés familiar igualatorio, que el ordenamiento considera deseable. La colación se estableció para facilitar la igualdad entre legitimarios.

20. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 11-13, 42, 45, 54-55. La autora parte de que computación, imputación y colación son fases de un mismo fenómeno y están muy relacionadas, de manera que una no es posible sin las otras. La toma de menos es consecuencia de la imputación y esta es consecuencia de la computación.

la donación a la legítima, la toma de menos ya está realizada por lo que ordena el art. 819 CC; por eso, la autora cree que la colación en sentido estricto afecta a la parte libre, con lo que se consigue la pretendida igualdad entre todos los legitimarios. La legítima es igual para todos los legitimarios (excepto los expresamente mejorados) y si luego los igualamos en el tercio libre, tomando de menos el valor de las donaciones imputadas al mismo, todos reciben lo mismo.

En suma, parece que la colación responde a la idea de anticipo, respecto de la que el causante puede tomar postura, procurando la igualdad (lo que no requiere que se pronuncie, pues la donación se imputaría a la legítima y se colacionaría por imperativo legal) o disponiendo desigualdades (ordenando la imputación a la mejora o dispensando la colación [equivaliendo esto último a la imputación al tercio de libre disposición]). La norma dispositiva procura la igualdad, estableciendo la previa imputación a la legítima y la posterior colación del valor de la donación, en lo que esta se extienda a la porción libre. Y las desigualdades han de ser expresas²¹. De la voluntad del causante depende que la donación sea un anticipo de legítima, de mejora o del tercio de libre disposición; si no hay tal pronunciamiento del causante, se aplicará la norma que tiende a la igualdad, ordenando el reparto entre todos los herederos forzosos del valor de lo donado, una vez cubierta la legítima de los mismos²².

Llegados a este punto, queda por aclarar si lo explicado se acomoda al cónyuge viudo: si para él es coherente pensar que lo donado constituye un adelanto de su participación en la herencia, que haya que traer a la masa partible para conseguir un reparto igualitario de la misma.

2.2. ¿También reparto igualitario para el cónyuge viudo?

Es más que dudoso que el deber de «reconstruir el haber del causante», para conseguir, salvo dispensa de la colación, la igualdad entre los legitimarios, como afirma la STS de 17 septiembre de 2019 (RJ 2019/3619), alcance al viudo.

Algunos autores afirman que la colación se aplica por grupos de legitimarios, entre los de la misma clase, pues se trata de igualar a los iguales, no procediendo con otros de

21. En este sentido, según RUBIO GARRIDO, T., ob. cit., pp. 338-339, no se pueden inferir desigualdades entre legitimarios si no ha habido una voluntad clara del causante en tal sentido; la colación busca evitar desigualdades no queridas claramente por el causante (no busca evitar desigualdades entre los hijos, como dice la jurisprudencia, pues las desigualdades se permiten por el legislador y la colación también funciona aun cuando haya desigualdades ordenadas por el causante).

22. Quizá, como señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 51-52, no se trata de anticipo de la cuota hereditaria del donatario, sino de anticipo de la masa hereditaria partible entre los coherederos legitimarios; lo que desea el legislador es que el valor de lo donado se cuente como parte de la masa partible entre los legitimarios.

un grupo distinto²³. Tradicionalmente fue así, por razones históricas, pues el deber de colacionar se imponía a los descendientes²⁴. Por otra parte, la colación no podía alcanzar al viudo con anterioridad al Código Civil, si esta se imponía a los herederos forzosos, entre los que no se encontraba el cónyuge. La ampliación que supuso incluir al viudo entre los legitimarios suscitó una duda que, como se ha dicho, se ha resuelto por algunos autores afirmando que no cabe mezclar herederos forzosos de grupos diferentes²⁵.

Lo mismo puede encontrarse en la jurisprudencia. Así, la STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549) no admite la obligación de colacionar del cónyuge viudo, entre otros argumentos, «por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales». Aunque sin referencia a la igualdad (salvo por la referencia a la anterior STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549), que transcribe), la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) descarta también la colación de donaciones por el viudo porque «el viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos»; efectivamente, con anterioridad, se explica en la sentencia que «la exigencia de que los legitimarios “concurran” a la sucesión (art. 1035 CC) se ha interpretado doctrinalmente en el sentido de que hereden conjuntamente. Es decir, que la colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase, de modo que la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos)».

Volviendo a la doctrina, Espejo Lerdo de Tejada niega que el viudo esté obligado a colacionar o pueda reclamar la colación: no existe, dice, el patrón, igualitario o proporcional, típico o legal que justifica en otros casos la colación²⁶. En efecto, así es, si la colación, como se ha explicado anteriormente, tiende a la igualdad, requiriendo la previa imputación a la legítima, si bien la colación en sentido propio opera en el tercio de libre disposición (ya que el tomar de menos la parte correspondiente a la legítima

23. MORELL TERRY, J., ob. cit., p. 115; DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 210. SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit. (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 142; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 152-153; MARTÍNEZ ESPÍN, P., ob. cit., p. 117; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta online).

24. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 1-96; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, pp. 131-294; MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 19-36; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, pp. 19-26, 54-74; BADENAS CARPIO, J. M., ob. cit., pp. 61-73.

25. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., p. 211, afirma que los grupos o clases de legitimarios responden a una configuración legal independiente, y aunque el testador puede hacer heredero al cónyuge viudo, lo mismo que no puede modificar la cuota legitimaria, tampoco puede mezclar entre sí los grupos que ha configurado la ley.

26. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación...», p. 402.

es consecuencia de la imputación que ordena el art. 819 CC). La cuestión reside, entonces, para empezar, en que si la donación no se imputara en absoluto a la legítima, sino por entero al tercio de libre disposición, no operaría la colación.

Ya explicamos más arriba que, tal y como señala López Beltrán de Heredia, la colación es consecuencia de la imputación. La colación se impone a los herederos forzosos porque previamente imputan a su legítima el valor de lo donado; se entiende recibida su legítima, pero también la parte del tercio de libre disposición, por el deber de colacionar, en la medida en que la donación fuera imputable a este por exceder de la legítima. Esto está claro para los descendientes. Pero no es tan obvio para el cónyuge. Si la donación al cónyuge se computa, y no cabe duda de que es computable (art. 818 CC), seguidamente ha de imputarse a alguna parte del caudal relicto y, también seguidamente, ha de valorarse si procede la colación o no, lo que depende de donde haya sido imputada; el viudo seguirá disfrutando de su derecho de usufructo por completo si la donación se imputa a la parte disponible.

En el caso de la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) la donación se imputó al tercio de libre disposición. Tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que, en orden a averiguar a qué parte se imputa la donación al cónyuge, debe estarse en primer lugar a la voluntad del donante o causante. Parece que esto es lo que se hizo en la sentencia mencionada, donde, tras negar que la viuda debiera colacionar el valor de la deuda perdonada, se advirtió que cuestión diferente es que las donaciones a la viuda sí deban computarse para el cálculo de la legítima, lo que no ha sido objeto del procedimiento, «al igual que tampoco lo ha sido la procedencia de su imputación a la parte libre, dada la voluntad del causante de que la viuda reciba la legítima usufructuaria y el tercio libre».

En la sentencia mencionada al TS le pareció clara la voluntad del causante en orden a la acumulación de la donación a la legítima, con la consecuente imputación de aquella a la parte disponible. El problema se plantea si dicha voluntad no está clara. El art. 819. 1 CC solo menciona expresamente a los hijos cuando ordena que la donación se impute a su legítima, salvo que tenga la consideración de mejora. No obstante, que el problema de la imputación de donaciones al cónyuge no se hubiera planteado en otros tiempos era lógico; primero, porque no era heredero forzoso con anterioridad al Código Civil y, segundo, cuando pasó a ser legitimario en este, estaban prohibidas las donaciones entre cónyuges. Es cuando se admitieron en el art. 1323 CC (por Ley 11/1981, de 13 de mayo) los contratos y las transmisiones de bienes, por cualquier título, entre los esposos, cuando se originó la duda sobre la imputación de la donación a la legítima del viudo, por seguir la regla general del párrafo primero del art. 819 CC para los legitimarios, o al tercio de libre disposición, por reconducir al cónyuge a la regla establecida para los extraños en el párrafo segundo del art. 819 CC.

No parece que la idea de anticipo pueda aplicarse a la legítima del cónyuge viudo para considerar que la donación recibida por él es un adelanto de la misma, y de su cuota hereditaria en su caso, porque haya de recibir el mismo trato que otros herederos forzosos. Así como para los descendientes tiene lógica explicación el deber de colacionar,

en cuanto destinatarios de toda o la mayor parte de la herencia (por lo menos, dos tercios, salvo alguna mejora), tiene menos fundamento para el viudo, a quien solo se reconoce un derecho de goce, y con una extensión muy limitada, precisamente para que no se impida la trasmisión del patrimonio a los descendientes (aunque también para evitar que algunos bienes, los privativos del cónyuge premuerto, acaben en manos de una persona ajena a su probable origen familiar).

Considerar lo donado como un pago a cuenta con la finalidad de repartir la herencia equitativamente (o proporcionalmente, respetando las cuotas desiguales) tiene sentido entre quienes necesariamente reciben lo mismo, los bienes de la herencia, en la parte en que todos son iguales (la legítima) y en la parte en la que no lo son (en esta para conseguir una igualdad limitada, pues se respetarían las desigualdades dispuestas por el testador). Por eso, como se dijo más arriba, se plantea si la colación solo se debe aplicar en la sucesión intestada, tal y como se dispone en otros ordenamientos, o en la testada requiere que los herederos hayan sido instituidos en cuotas iguales (lo que se niega, pero para advertirse a continuación el inconveniente de esta solución). Pero precisamente en la sucesión intestada el cónyuge viudo no repartiría con nadie si es heredero y, de no serlo por concurrir con descendientes, recibiría algo muy diferente a estos; y, en cuanto a la sucesión testada, es improbable (aunque no imposible) que el viudo sea instituido por igual con los descendientes. Por tanto, no es lógico que quien recibe legalmente un tratamiento tan diferente o diferenciado, por la ley o por el cónyuge testador, sea llamado a repartir como los otros.

En el caso del viudo, no parece aceptable la idea de anticipo de usufructo o, lo que es igual, la imputación de la donación a su cuota usufructuaria y, habiéndose de imputar al tercio de libre disposición, no habría deber de colacionar. De la opinión justamente contraria se mostró, sin embargo, la AP de Huelva en el caso que venimos comentando sobre la deuda perdonada. Vino a afirmar que no se podía hacer a los descendientes legitimarios de peor condición, por lo que a todos los herederos forzosos debían aplicárseles las mismas obligaciones; alegaba la Audiencia que el cónyuge era legitimario, igual que los hijos y descendientes; todos, decía, incluido el cónyuge, son legitimarios a efectos de la colación. Desconocía la Audiencia que ya el propio art. 807. 3 CC dispone que el viudo es heredero forzoso en la forma y medida que establece el Código. Por tanto, no es que hagamos del cónyuge viudo un legitimario de mejor condición (si lo excluimos de la colación), sino que, legalmente, es un legitimario de distinta condición.

Parece que el cónyuge viudo queda al margen de esa igualdad, que se pretende entre los descendientes. Su deber de colacionar la donación recibida en vida del causante beneficiaría, evidentemente, a los hijos, pues, de admitirse, estos no tendrían que soportar el usufructo viudal (ni siquiera tendrían que conmutárselo, por considerarse ya pagado), y tendrían más a repartir del tercio libre, si la donación excediera de la cuota usufructuaria. Sin embargo, si la donación se imputa al tercio libre, los hijos tienen que seguir soportando el usufructo y queda menos sitio para los extraños o para los propios hijos (si eran ellos los herederos). En el sistema actual, en que la legítima de los hijos puede resultar muy amplia (dos tercios si el causante no hizo uso del tercio de mejora),

puede ser razonable la imputación de la donación al cónyuge al tercio libre, de manera que, además, reciba un usufructo que grava solo la mitad de la legítima larga de los descendientes (uno de los dos tercios). Sin embargo, de reducirse la legítima de los descendientes, como se postula hoy, tendría menos sentido que quede gravada por el usufructo del viudo en alguna parte, pero la solución no ha de pasar por imputar las donaciones al cónyuge a su legítima, pues también podría consistir en imputarlas a la porción disponible (que sería mayor), sin perjuicio de que también sea esta parte la que soporte el gravamen del usufructo viudal.

En definitiva, es determinante averiguar si, capitalizado el derecho de usufructo de un tercio, correspondiente al viudo que concurre con descendientes, la donación en vida podría servir de pago de esta legítima. Esta cuestión no recibe una solución unánime en la doctrina. Sí es mayoritaria, como se ha explicado, la tesis que niega el deber de colacionar del cónyuge, por lo que, de seguirse esta opinión general, la donación debería ser imputable a la parte libre. Si imputación y colación están íntimamente relacionadas, no se puede predicar a la vez la imputación a la legítima del viudo y la inexistencia de obligación de colacionar; si se imputara a la legítima, se colacionaría; si la donación es un pago adelantado de la legítima, no llegaría a nacer, o tendría menor extensión, el usufructo viudal, pues tendría que tomar de menos el valor de la donación, y ello tanto en relación con la legítima como en lo que exceda de ella en su caso.

Lacruz Berdejo se planteó el problema de la imputación, pero en relación con el legado al viudo, inclinándose por la imputación al tercio libre, por ser la solución que coincide con la probable voluntad del testador²⁷.

Vallet de Goytisolo cambió de opinión, como él mismo aclaró. Comenzó sosteniendo la imputación al tercio de libre disposición, descartando la aplicación analógica del art. 819. 1 CC, y entendiendo que era posible presumir que el causante que donó a su cónyuge quiso otorgarle una liberalidad independiente de su cuota legal²⁸. Pero rectificó y optó por la no acumulación, es decir, por la imputación a cuenta de la cuota viudal²⁹.

27. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 114.

28. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, p. 388.

29. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los arts. 819 y 834», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XI, Albaladejo García, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1982, (consulta online). BUSTOS LAGO, «Comentario al art. 834», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta online), considera que la tesis favorable a la imputación a la cuota viudal que finalmente sostiene Vallet es plenamente coherente con la negación de una delación legitimaria especial y del carácter de herederos de los legitimarios en todo caso.

Muñoz García se inclina por equiparar el viudo al resto de herederos forzosos, teniendo en cuenta que el Código Civil solo separa a los extraños, de manera que la solución pasa por la imputación a su legítima, solución que es seguida por otros³⁰.

Para López Beltrán de Heredia la cuestión es dudosa. Si toda donación realizada a favor de un legitimario se imputara a su legítima, esa imputación podría ser considerada como una conmutación total o parcial del usufructo que legalmente corresponde al cónyuge viudo. Finalmente sostiene que la donación al cónyuge se imputa al tercio libre con base en el siguiente argumento: el cónyuge separado o divorciado imputa al tercio libre la donación (porque pierde su derecho a la legítima), por lo que podría parecer excesivo que el cónyuge viudo sea de peor condición que el cónyuge separado o divorciado³¹. Para la imputación de legados al viudo, dice López Beltrán de Heredia: debe respetarse la voluntad del causante, pero es dudoso que este pueda conmutar el usufructo porque esta es una facultad de los herederos en el art. 839. Por eso, parece razonable imputar el legado al tercio de libre disposición, considerándolo un extra sobre su legítima. No obstante, añade que tampoco ve inconveniente excesivo para que el causante haga esa conmutación del usufructo viudal, mientras la legítima del viudo esté cubierta y no haya lesión de las legítimas de los demás herederos forzosos; habrá que pasar por lo dispuesto por el testador³².

La SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) consideró que las dos atribuciones a título gratuito realizadas en vida por el difunto a la viuda eran computables (art. 818 CC) e imputables a la legítima de la esposa (art. 819 cc), pues constituyeron una atribución en pago parcial de su legítima. Primero afirma la sentencia que el art. 819 establece la imputación pensando en que cualquier atribución gratuita hecha por el causante a alguno de sus legitimarios se presume como entrega a cuenta o anticipo de su cuota legítima, y después que «cierto es que el artículo 819 del Código Civil hace

30. MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 75; GALVÁN GALLEGOS, A., ob. cit., p. 329; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La legítima del cónyuge viudo (artículos 834 a 840 del Código Civil)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, 2014, p. 3094.

31. A nuestro juicio, efectivamente, no queda otra solución que imputar al tercio libre la donación al cónyuge divorciado, pues este ya no es legitimario. Pero el viudo divorciado no recibiría más que eso, valga lo que valga, y partiendo de que la donación no haya sido revocada en el caso de que hubiera sido una donación por razón de matrimonio (art. 1343 CC), caso en que también podría afirmarse la imputación a la parte disponible. Sin embargo, el cónyuge no divorciado puede tener derecho a más si, de considerarse que la donación se imputa a su legítima, aquella es insuficiente para cubrir el valor de su usufructo, tras su capitalización, o si el valor de lo donado es superior al de su legítima, caso en que ocuparía el tercio libre. Por tanto, parece que la imputación a su legítima no hace de peor condición al viudo sin más; sin perjuicio de que, obviamente, la tesis que le favorece es la de la acumulación de donación y legítima. En el mismo sentido, podría alegarse que el hecho de que la donación a un hijo desheredado se impute al tercio de libre disposición (lo que también discute la doctrina) no lo hace necesariamente y en todo caso de mejor condición que el hijo no desheredado.

32. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 37 y 41.

referencia a la imputación a la legítima de las donaciones realizadas a los hijos, pero también lo es, que la doctrina interpreta el artículo ampliándolo a todos los legitimarios entre los que se encuentra el cónyuge viudo, por lo que sí este recibió donaciones en vida y no se expresó que lo fue en concepto de mejora (artículo 825), hay que imputar dichas donaciones a su cuota legitimaria, cual es el usufructo viudal; ya la doctrina anterior a la reforma del Código Civil por ley de 13 de mayo de 1981 ampliaba el concepto “donaciones hechas a los hijos” a los demás legitimarios y, por ello, a todos los descendientes y ascendientes legítimos; la ampliación que realiza la doctrina a todos los legitimarios incluido el cónyuge viudo –sin olvidar que algunos autores exceptúan al último–, tiene su fundamento en la presunción de que el donante, futuro causante, anticipó al donatario, futuro legitimario, su legítima y no como liberalidad pura, a menos que se pronuncie contra esta imputación y, en cuanto al cónyuge viudo, en la consideración de que los hijos son legitimarios con mejor derecho que el cónyuge y por ello no puede aplicarse a ellos una obligación que no fuera aplicable al segundo, el cual, en caso contrario, resultaría beneficiado en perjuicio de los hijos a pesar de tener estos supuestamente un mejor derecho en la herencia. Las donaciones realizadas en vida por el causante a favor del cónyuge viudo, al ser posibles tras la reforma de 1981 (artículo 1323), deben imputarse a la cuota legitimaria viudal, salvo que pueda colegirse que la voluntad del causante fue la de acumular donación y cuota legal, por las mismas razones que han de imputarse los legados a favor del viudo o viuda en su cuota viudal y no acumularse el legado y la cuota legal usufructuaria cuando concurre con otros herederos forzosos...». La sentencia termina aclarando que «cabe que los bienes para pago de la legítima se dejen al legitimario como herencia o legado o se le hubiese dado en vida del causante como donación (artículos 815 y 819), estableciendo la ley que lo recibido en tal concepto se imputa, en principio, en la legítima (artículo 819) y no hace falta la manifestación de que lo dejado lo es para pago de la legítima; solo importa que el legitimario reciba, por cualquier camino, lo suficiente para cubrir su derecho».

Esta resolución judicial merece, cuando menos, tres comentarios. El primero es que no es coherente sostener a la vez la imputación a la legítima y la inexistencia del deber de colacionar; como se ha señalado, la colación es consecuencia de la imputación, pues no se puede mantener que la legítima se considera pagada mediante una donación en vida pero que, en el momento de la partición, no se descuenta el valor de lo donado, sino que la legítima, o toda la cuota hereditaria, se toma por entero. Si la donación es pago de la legítima, su valor se toma de menos cuando se realiza la partición, «rellenando» la porción correspondiente solo con lo que falte para cubrirla. Sin embargo, la solución de la Audiencia fue negar la colación por la viuda, tras afirmar previamente la imputación de la donación a su legítima. Si la legítima se ha de tomar por entero en la partición, es porque la donación no era medio de pago de la misma y, en consecuencia, debía imputarse al tercio de libre disposición. En relación con esto último ha de realizarse la segunda precisión: la sentencia admite la voluntad del causante contraria a la imputación a la legítima, pero no solo esto, que no plantea problema en principio, sino que se refiere a la posible mejora del viudo, desconociendo que en nuestro sistema legal solo cabe la mejora de los descendientes (arts. 808, párrafo segundo,

y 823 CC), por lo que, de considerar que la donación no es anticipo de legítima, solo cabe la imputación de aquella al tercio de libre disposición. Y, por último, el tercer comentario viene impuesto por la necesidad de rechazar que haya que imponer las mismas obligaciones a todos los legitimarios, para, según la sentencia, no perjudicar a quienes lo son de mejor derecho (los hijos); como se señaló más arriba, el viudo no es un heredero forzoso de peor derecho, sino un legitimario de derecho distinto. Y precisamente la naturaleza y régimen de su derecho se compagina mal con el deber de colacionar lo recibido en vida del esposo premuerto.

Parece que del Código Civil se pueden extraer algunos argumentos a favor de la acumulación de la donación a la legítima y consiguiente imputación del valor de lo donado al tercio de libre disposición.

Los arts. 839 y 840 CC limitan la facultad de conmutar el usufructo del viudo a los herederos y al propio cónyuge viudo, respectivamente; y los herederos solo pueden elegir como medios de pago de aquel derecho una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Por otra parte, para los hijos es la ley la que ordena, y solo para ellos, en el art. 819, que la legítima se considere pagada mediante la donación hecha en vida por el progenitor. Así pues, las normas legales no contemplan que la donación por el cónyuge premuerto pueda sustituir al usufructo viudal, en todo o en parte. No obstante, la omisión podría obedecer a la derogada prohibición de donaciones entre cónyuges; admitidas estas, podría pensarse que la conmutación del usufructo corresponde a los herederos o al viudo en el caso de que exista este derecho, esto es, de no considerarse ya cubierto por la donación hecha en vida por el esposo premuerto. Pero la sustitución de la legítima por la donación a instancias de los herederos no aparece prevista en la ley, que tampoco ordena la imputación a su legítima, sin perjuicio de que, quizá, esta imputación sea admisible si la ordena el causante. Como dice López Beltrán de Heredia, parece que nada se opone a que el cónyuge donante conmute el futuro usufructo del consorte por una donación, siempre y cuando queden cubiertas todas las legítimas de todos los herederos forzosos. Y, como se señaló anteriormente, estar a la voluntad del causante, en orden a la imputación de la donación o del legado al cónyuge, es la primera regla según la doctrina citada antes. La cuestión es que, si el causante no se pronunció en vida, parece que no debe entenderse conmutado el usufructo viudal por la donación del esposo premuerto.

Debe tenerse en cuenta que si el viudo no es heredero testamentario (o legatario de la porción disponible), su legítima se impondrá en una sucesión en la que son otros, los hijos probablemente, los herederos, de modo que el esposo donante no quería favorecer al viudo con más. En esa sucesión, en la que el único derecho sucesorio del viudo es su legítima, ¿es posible entender que, tal y como podría ocurrir con los hijos, ya no debe recibir nada en el momento de la muerte del causante porque ya lo tiene recibido en vida? Como se ha dicho, el causante no quiso favorecer al viudo en su testamento con algo más, pero eso es distinto de admitir que se considere ya pagado lo mínimo o que la ley entienda que deba ser así con base en la idea de anticipo de legítima. No parece que el perdón de una deuda en vida pueda constituir adelanto de un derecho que nace,

a la muerte de uno de los esposos, para el decoro, subsistencia o dignidad del viudo, como en ocasiones se ha dicho.

En la actualidad existen razones para cuestionar la configuración legal de la legítima del cónyuge viudo. Pueden existir argumentos tanto para ampliar los derechos sucesorios del cónyuge como para reducirlos o, simplemente, para regularlos de una manera diferente. La esposa actual no es la esposa en quien se pensó originariamente para reconocer derechos legales al cónyuge. Pero, independientemente de lo anterior, el sistema legal pensaba en una esposa a quien, como explica Lacruz Berdejo, el fallecimiento del cónyuge afectaba de un modo especial y distinto a como incide en cualquier otro familiar³³. Si la legítima del viudo cumplía una función asistencial, ajena a la finalidad de transmisión de la riqueza propia de la sucesión de los descendientes (aunque esta también obedeciera a razones de solidaridad familiar), no se compagina con la misma que haya de disminuir en la medida de lo recibido en vida. La donación en vida no ha de relacionarse, para reducirlo, con el bienestar del viudo que persigue su legítima a la muerte del consorte³⁴. Para los descendientes puede aceptarse que la donación constituya anticipo del patrimonio a transmitir; para el cónyuge es menos aceptable que la donación sea un adelanto de un derecho que nace precisamente a la muerte del esposo para contribuir al bienestar del viudo.

Distintas resoluciones judiciales, al señalar diferencias entre el fundamento de la sucesión intestada y el sistema de legítimas, aludían al necesario respeto del usufructo viudal. En la SAP de A Coruña de 16 noviembre de 2000 (JUR 2001/109598) se sostenía que el cónyuge viudo se beneficia siempre de sus derechos legitimarios, puesto que se trata de una sucesión forzosa; se trata de un *officium pietatis*. Asimismo, según la SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (AC 2004/484), la regulación de las legítimas se impone aun contra una voluntad expresa del causante.... Por su parte, la SAP de A Coruña de 22 de octubre de 2010 (AC 2010/1816) afirmó que la sucesión forzosa (sistema legitimario) es un derecho necesario con la finalidad pretendida de proteger jurídicamente al cónyuge viudo, haciéndole acreedor a una vida digna, al tiempo que permite la cohesión del grupo familiar.

33. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 84. Cita a Cossío cuando este indica que así como para los otros herederos la muerte del causante supone una mejora patrimonial en su anterior estado, para el cónyuge significa quiebra de su economía personal, ya que, en el mejor de los casos, pierde el disfrute de parte de los bienes que antes integraban la sociedad conyugal.

34. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, p. 120, sostiene que no son las mismas las razones históricas para forzar que los bienes de los padres pasen a los hijos que las que pueden existir para que los bienes de las personas casadas pasen al viudo, normalmente de edad aproximada y en la última etapa de su vida. La finalidad es predominantemente asistencial, dice. Las razones no tienen nada que ver con la transmisión de la riqueza a las generaciones futuras, sino con la atención a la calidad de vida de las personas mayores.

Si la dignidad del viudo puede quedar en entredicho con una legítima tan escasa como la que se le ha reconocido en la ley (solo un derecho de usufructo, cuyo valor disminuye a medida que avanza la edad del viudo, y solo sobre un tercio si concurre con los descendientes, que es lo más frecuente), peor quedará si se descuenta de la misma el valor de la donación recibida en vida. La legítima del viudo supone una participación en el disfrute de la herencia que no ha de quedar sustituida por una gratuidad en vida; cosa distinta es que, acumulada la donación, en su caso, a la legítima, esta pueda conmutarse a iniciativa de los herederos (art. 839 CC). Una cosa es reducir la cuota viudal por descontar el valor de la donación en vida y otra es, manteniendo su cuantía, cambiar el derecho de usufructo por los medios de pago que permite la ley. También para los descendientes el Código Civil admite el pago en metálico en ciertos supuestos.

La donación al viudo debe quedar fuera del fondo partible por igual, porque ha de aprovechar al donatario en cuanto no sea inoficiosa y no ha de presumirse que el causante quiso que se repartiese entre los descendientes. Esto es lo que aclaraba Morell Terry para las donaciones hechas a extraños, pero nos parece fácilmente trasladable a las donaciones realizadas al cónyuge³⁵.

35. MORELL TERRY, J., ob. cit., p. 45.

3. LA COLACION COMO DEBER DE LOS COHEREDEROS FORZOSOS

En la doctrina es lugar común afirmar que los sujetos activos y pasivos de la colación son los legitimarios que concurren como herederos, bien voluntarios bien *abintestato*. El deber de colacionar incumbe a los sucesores a título universal. Como perceptores de una cuota, los legitimarios legatarios de parte alícuota se incluyen entre los sujetos obligados a colacionar en ocasiones, pero constituye una tesis generalizada la exclusión de los legitimarios que reciben un legado de cosa determinada. Para el cónyuge viudo se argumenta que su peculiar situación jurídica en la sucesión, a la que concurre como usufructuario, conduce a excluir su deber de colacionar el valor de la donación recibida en vida³⁶. Pocos autores se apartan de esta tesis³⁷.

También se ha negado el deber de colacionar del viudo por otras razones como la derogada prohibición de donaciones entre cónyuges (argumento inatendible hoy, al permitir el art. 1323 CC los contratos y las transmisiones de bienes entre cónyuges), la exclusión de las donaciones usuales en el art. 1041 CC y, en relación con las donaciones por razón de matrimonio, el dato de ser recibidas cuando el donatario no es heredero forzoso del donante³⁸.

Pero la exclusión del deber de colacionar del viudo se apoya, sobre todo, en que, como legitimario, no es heredero³⁹. En general se afirma que su cuota usufructuaria lo asimila

36. Así, DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 208-209; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 111; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, p. 491; ROCA JUAN, J., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol 2º, Albaladejo García, M.-Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1989 (consulta online); SARMIENTO RAMOS, J., ob. cit (consulta online); MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., p. 141; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, p. 310; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 58 y 65; BADENAS CARPIO, J. M., ob. cit., p. 95; MARTÍNEZ ESPÍN, P., ob. cit., p. 117; VALLADARES RASCÓN, E., ob. cit. (consulta online). RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 201, matiza en el sentido de que la colación opera entre los perceptores de una cuota.

37. Sí lo hacen DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ob. cit. (consulta online), que niega la obligación de colacionar si el viudo concurre como usufructuario, pero la afirma si este concurre como heredero de cuota instituido en testamento junto con otros legitimarios, y RUBIO GARRIDO, T., ob. cit., p. 342, para quien también colaciona el cónyuge viudo que concurre con otros legitimarios, ascendientes o descendientes, pues, a su juicio, no tiene sentido hoy ceñir la colación a los descendientes, aun cuando quizá fuese así en el derecho histórico. Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones*, T. II, Vol. 2º, p. 1434, para el caso de que el cónyuge hubiera sido instituido heredero, no afirma abiertamente su obligación de colacionar, pero sí dice que, admitidas las donaciones entre cónyuges, ha desaparecido la base para rechazarla.

38. DE LOS MOZOS, J. L., ob. cit., pp. 208-209; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, T. I, Barcelona, 1971, p. 289; ROCA JUAN, J., ob. cit. (consulta online).

39. Entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, pp. 86-88; VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al art. 834», (consulta online); MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Heredero», *EJB*, II, Madrid, 1995, p. 3306; MUÑOZ GARCÍA, C., ob. cit., pp. 147-149; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones*, T. II, Vol. 1º, pp. 509-511; CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario al art. 834», *Código*

al legatario de parte alícuota o que el llamamiento en usufructo no es apto para entender que sucede a título universal. También que es un partícipe de la herencia, pero no un heredero. Frente a esto, podría destacarse la opinión de Peña Bernaldo de Quirós, quien sostiene que el viudo tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad; también es heredero en cuanto a los efectos patrimoniales, dice, pero en cierta forma y medida; el viudo no sustituye al causante en su patrimonio, como los demás herederos, pero tampoco es un simple adquirente de derechos singulares; como heredero forzoso no pasa a ser titular de un derecho real, ni de un derecho subjetivo; la ley lo llama como copartícipe (en cuanto al goce) de la titularidad del patrimonio mismo, termina el autor mencionado⁴⁰.

En cualquier caso, la colación, se suele reiterar, requiere que los herederos forzosos concurren a la herencia como tales. Es lo que puede leerse también en las sentencias antes mencionadas, que excluyen al legitimario legatario de un bien determinado y cuestionan la obligación del legitimario legatario de parte alícuota⁴¹.

Así, en el caso de la STS de 25 octubre de 2000 (RJ 2000/8549), el marido había realizado una donación a la esposa que, además, era heredera universal, y se afirmó que «el artículo 1035 del Código Civil impone solo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y doña María del Carmen Amalia R. V. M., aunque posee la condición de heredera universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, del Código Civil, y el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión...».

En la STS de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) se explica que la colación, al insertarse en las operaciones particionales, requiere la existencia de una comunidad hereditaria, en la que sean partícipes a título de heredero los legitimarios, y se afirma que «aunque el art. 807.3 CC lo califique como “heredero forzoso”, en cuanto legitimario es usufructuario,

Civil Comentado, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta online); RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 152.

40. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, 4, p. 906.

41. La sentencia de 24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724) señala que la opinión mayoritaria excluye de la colación: a) a los legitimarios que, aun siendo llamados como herederos, lo sean solo a su legítima estricta, por presuponer que no quería el causante que recibieran nada más, con independencia de que lo que reciban no sea de la misma naturaleza y calidad; b) al legatario de parte alícuota, aun cuando sea llamado a una cuota, en cuanto no es heredero, si bien existen argumentos en contra de la posición tradicional, pues recibe una cuota (entre otros argumentos). También según la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) «no está obligado a colacionar el heredero instituido en cosa cierta y determinada (artículo 768 del Código Civil), pues aunque no se admita la tesis de que en todo caso es un legatario, no tiene ninguna cuenta de participación y el legatario de parte alícuota, aun discutiéndose su condición de heredero, debería estar sujeto a colación, siempre, naturalmente, que sea un legitimario».

por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos».

Lo mismo se ha entendido por la AP de Madrid: solo los legitimarios que concurren como herederos están obligados a colacionar y entre ellos no se encuentra el cónyuge viudo.

Así, para la SAP de Madrid de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/151525) «el usufructo legal legitimario, no comporta mas que el derecho real limitativo del dominio de los auténticos herederos en que consiste, a concretar *ex re certa* no propiciando la confusión entre las personalidades de causante y usufructuario y no confiere a este el *ius disponendi* de los bienes usufructuados. Por lo que no cabría identificar, podría concluirse, al legitimario con el heredero legal. Así, con ello, debería decaer la prosperabilidad de la acción ejercitada por la actora, dado, que no concurriendo, en el cónyuge viudo, la calidad de heredero forzoso, no estaría obligado como se pretende, a colacionar».

En la SAP de Madrid de 14 julio de 2003 (JUR 2004/18187) se explicó que «la sentencia de instancia argumentó que las donaciones hechas en vida por el causante a la ahora viuda actora no son colacionables porque el cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero ya que al tener derecho al usufructo no recibe una parte alícuota de la herencia, presupuesto indispensable para reunir la condición de heredero (artículos 660 y 668 del Código Civil), y la existencia de cuota es imprescindible para que tenga sentido la colación, puesto que las donaciones se consideran como anticipos de la cuota abstracta y su aportación a la masa se efectúa para computar lo aportado a la cuota de la partición (artículo 1035 del Código Civil)...». La Audiencia, tras una extensa explicación sobre las diferencias entre computación, imputación y colación, con afirmaciones discutibles en muchos casos, consideró que «el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de la obligación de colacionar en los términos prevenidos en el artículo 1035, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000...».

De nuevo fue la AP de Madrid la que abordó el problema en la Sentencia de 26 febrero de 2004 (JUR 2004\249789), donde se vuelve a negar el deber de colacionar del cónyuge viudo por no ser heredero. Así, en relación con la donación por el marido a la esposa, se afirmó que:

«aún cuando la literalidad del artículo 807 del CC, señala como heredero forzoso al cónyuge viudo, tal aseveración se ha visto, totalmente desvirtuada por la jurisprudencia, que considera, que en modo alguno, precisamente la cualidad de “heredero”, concurre en el cónyuge viudo, sino que este ostentaría, sino un derecho legitimario, que se plasmaría en el usufructo viudal, en la cuota que le correspondiera, según concorra con unos u otros herederos en este caso forzosos del causante».

Esta tesis doctrinal y jurisprudencial, mayoritaria, requiere alguna revisión. Para empezar, quizá los herederos forzosos tengan que colacionar, como tales, aunque no sean

necesariamente perceptores de una cuota de herencia en el momento de la partición (aunque sí siempre herederos según la doctrina que postula la existencia de una delación legal a la legítima). Si ello es así, ha de analizarse la razón por la que el viudo, siendo legitimario, no ha de colacionar.

La primera observación que podría hacerse es que la colación es un deber de los herederos forzosos, independientemente de que en la concreta sucesión de que se trate no sucedan a título universal. La obligación de colacionar de los herederos forzosos no depende de que sean instituidos herederos por el causante o de que sean herederos *abintestato*: los hijos, como herederos forzosos, siempre han de tomar de menos el valor de las donaciones recibidas, salvo mejora o dispensa; así, parece que también deben colacionar el valor de lo donado en caso de recibir un legado para el pago de su legítima o de no recibir nada.

Al primer caso se refiere López Beltrán de Heredia, para quien no es del todo exacto que solo los legitimarios que sean herederos tengan que colacionar. Colacionan todos los descendientes legitimarios, dice, porque a todos se les debe imputar a su legítima la donación. Aunque el causante haya atribuido al legitimario su cuota con un legado de un bien determinado, resulta que es siempre un legatario de parte alícuota, pues, con independencia de su título de atribución, tiene siempre derecho a una cuota del caudal computable, es decir, es titular de una cuota, aunque luego esa cuota sea satisfecha con un legado de cosa determinada y con las donaciones imputables a su porción. Todos los descendientes legitimarios, llamados todos por el Código «herederos forzosos», en su condición de tales, son todos iguales y por tanto, la colación debe afectarles a todos, aunque su legítima material esté cubierta por un legado. Cuando el Código habla de «herederos forzosos» se refiere a todos los legitimarios, sean realmente herederos, sean legatarios o sean donatarios, termina la autora citada⁴².

Efectivamente, parece que el descendiente que solo recibe un bien en pago de su legítima estricta (porque así lo ordena el testador), pero también recibió en vida una donación, debe imputar ambas atribuciones, legado y donación, a su legítima; colacionará la donación, como ordena el art. 1035 CC, pero no colacionará el legado, como dispone el art. 1037 CC, como es lógico, pues aquella es un anticipo, pero no lo es este; el hecho de que el causante solo deje a ese hijo su legítima estricta mediante un legado de cosa específica no ha de implicar inaplicación de la regla del art. 819. 1 CC. En otro caso, si

42. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ob. cit., pp. 13, 56 y 58. Explica la autora que, aunque el legitimario no sea heredero y reciba un legado de cosa determinada, debe imputar la donación a su legítima y el exceso a la parte libre; también tiene que imputar el legado a cubrir lo que le falte de su porción legal, el exceso se imputará a la parte libre y si no cabe, a la mejora (pp. 14, 63-64). Rebate los argumentos de quienes sostienen que los legitimarios con deber de colacionar han de ser herederos: en el derecho histórico los legitimarios tenían derecho a recibir su legítima a título de herencia; tampoco es argumento que la colación requiera titularidad concurrente y esta implica tener la condición de heredero o de titular de una cuota, porque el legitimario legatario lo es siempre de parte alícuota, aunque su porción esté satisfecha con un legado de un bien concreto.

el descendiente, al que se donó en vida, recibe un legado además de su legítima (prelegado), en la que el testador dispone que sucedan por igual todos los descendientes, el legado, en virtud del art. 828 CC, habría de imputarse al tercio de libre disposición y, en el exceso, a la mejora (mejora tácita o presunta por exceso de imputación), sin que proceda su colación, por establecerlo el art. 1037 CC y por no haberse imputado previamente a la legítima; a esta se imputaría la donación recibida en vida, recibiendo lo que falte el legitimario, si la donación no fuera suficiente, como «heredero» forzoso⁴³. De modo que tienen el deber de colacionar los herederos forzosos que han imputado la donación a su legítima, concurren a la sucesión como herederos, como legatarios o como prelegatarios.

Al segundo caso se refiere Miquel González, que pone el ejemplo del heredero forzoso que no recibe nada en la sucesión intestada del padre, por haber recibido por donación tanto como le correspondía por su cuota intestada, mientras que otro hijo recibe todo el caudal relicto. El hijo que recibió su legítima por donación, dice, no deja de ser heredero forzoso a efectos de la colación. Así pues, la condición de heredero forzoso no se reduce al derecho a una cuantía de bienes, termina Miquel González, que también expone otros argumentos para defender que, en contra de la doctrina dominante, en el Código Civil existe una delación legal a la legítima o se parte de que los legitimarios son herederos⁴⁴.

Por tanto, se puede afirmar que los descendientes están obligados a colacionar porque son coherederos forzosos y se requieren ajustes entre ellos previos al reparto de los bienes, pero no porque se precise que la sucesión sea intestada o que el testador los haya instituido herederos; yendo más allá, si se defiende que los herederos forzosos son siempre herederos en el sistema del Código, con mayor razón resultará indiferente el llamamiento por el testador o que se trate de una sucesión *abintestato*⁴⁵. Colaciona también el que no recibe nada de la herencia en la medida en que sigue siendo heredero forzoso (o heredero), cualidad que obliga a imputar a la legítima la donación recibida en vida y tomar de menos su valor en el momento de la partición (procediendo la colación en el tercio de libre disposición), para que los coherederos forzosos aumenten sus cuotas.

Los descendientes concurren como coherederos forzosos, incluso cuando no han de tomar nada de la herencia, precisamente para colacionar lo recibido en vida mediante donación del causante. También cuando han sido llamados como legatarios, porque así se les paga su legítima, a la que deben imputar la donación recibida en vida, de modo

43. No obstante, según la tesis que niega que los herederos forzosos sean herederos el legado habría de imputarse a la legítima en primer lugar.

44. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de Derecho de sucesiones*. Liber amicorum T. F. Torres García, Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P. (dirs.), Madrid, 2014, pp. 987-988, 993-995. También RODRÍGUEZ ROSADO, B., ob. cit., p. 203.

45. ESPEJO, «La colación...», p. 398, dice que si se considera que todo legitimario tiene el título de heredero, es innecesaria su institución de heredero para considerarlo incluido entre los sujetos de la colación.

que, siendo ambos medios de pago de la porción obligatoria (sin que proceda una acción de complemento en caso de resultar insuficiente el legado), la donación se descuenta en la partición, pero el legado se toma aparte y no se colaciona (como establece el art. 1037 CC), precisamente porque es pago de la legítima estricta por orden del causante. Y, asimismo, cuando son prelegatarios, caso en que el legado sería imputable al tercio libre (art. 828 CC) y tampoco colacionable (tal y como dispone el art. 1037 CC), sin perjuicio de que fuera imputable a la legítima, y, por tanto, colacionable, la donación recibida en vida.

La obligación de colacionar requiere concurrencia, no ya de herederos, sino de los coherederos forzosos que han de repartirse los bienes hereditarios, los que continúan en la masa partible y el valor de los que tendrían que estar si no se hubiera donado, aunque sean llamados de distinta manera en la sucesión: unos como herederos, otros como legatarios y otros como donatarios. En este sentido, en el art. 464-17 del Código Civil de Cataluña se impone el deber de colacionar a los descendientes «que concurren como coherederos», no como herederos.

Pero el viudo no es coheredero forzoso, aunque resulte llamado como legitimario junto con los descendientes. Disfrutará de un usufructo cuyo alcance es independiente de como hayan de repartirse los bienes los descendientes, si bien sí depende de con quién concorra y de que se hayan computado todas las donaciones (también la realizada a su favor). Podría pensarse que si la donación a favor del cónyuge se computa, también debería imputarse a su legítima, para darse esta por pagada, pero no parece que ello se compagine bien con la especial configuración de la legítima del viudo ni que responda a la finalidad de esta. Que la donación al viudo se computa es algo que no ofrece duda, tampoco a los tribunales, aunque no se impute a su legítima y sea, en esto, tratado como los extraños. Mas no porque lo sea, sino porque ya el art. 807 advierte que es un legitimario en la forma dispuesta en el Código Civil. El cónyuge no es un heredero forzoso como los otros.

El deber de colacionar del cónyuge no depende solo de que sea heredero forzoso, porque lo es. Lo que ocurre, y de ahí que quede excluido de la colación, es que es un heredero forzoso diferente y, por eso, no es coheredero forzoso. Como se señaló anteriormente, el viudo no era legitimario antes del Código Civil; cuando se estableció su legítima, esta se configuró para que el viudo pudiera mantener su condición o posición económica anterior, a la vez que no se impedía la transmisión de los bienes a los parientes en línea recta, de modo que el patrimonio quedara en manos de la familia. Lo que está claro es que, aunque el Código lo denomine heredero forzoso, es un legitimario aparte. En la redacción inicial del Código Civil algunas normas (algunas de las cuales se mantienen hoy) venían a demostrar que el cónyuge era un heredero forzoso en forma distinta, como ya advertía el propio art. 807. 3º CC.

- En su redacción original el art. 814 CC disponía que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulaba la institución de heredero, aunque valían las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas. Y se añadía que «la preterición

del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código». De manera que, aunque también se contemplaba la preterición del cónyuge, puesto que era heredero forzoso, su omisión tenía efectos menos graves que la de los parientes en línea recta. Y los efectos eran distintos porque también era diferente su derecho, aun siendo legitimario: si el omitido era uno de aquellos parientes, había que anular la institución de heredero para dar al preterido lo que le correspondía, que no era sino su cuota como heredero (*abintestato*); si el omitido era el cónyuge se mantenía la institución de heredero porque bastaba con que el viudo disfrutara de su derecho de usufructo. Su legítima queda al margen de las normas dispuestas para los otros herederos forzosos, los parientes en línea recta⁴⁶.

Hoy la preterición del cónyuge está contemplada en el art. 814. I, que, sin más, también le otorga su legítima. No se contempla la nulidad de las disposiciones testamentarias o de la institución de heredero en caso de omisión del cónyuge, como se hace en el art. 814. II para los hijos y descendientes, si bien solo en el caso de preterición errónea. En el art. 814 se parte de que para el cónyuge basta con reconocer su cuota usufructuaria y ni siquiera en el caso de preterición errónea se contempla ineficacia alguna⁴⁷. De modo que tanto antes como ahora las vicisitudes relativas a la legítima del cónyuge quedan al margen del reparto de los bienes hereditarios, que es cosa propia de los descendientes.

- El art. 851 CC, por su parte, no separa al cónyuge para establecer los efectos de la desheredación injusta, sino que esta «anulara la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado», cualquiera que sea este, pudiendo estar el cónyuge entre ellos. No obstante, su tenor literal permite una lectura diferente en función de quien sea el legitimario desheredado; si este es el cónyuge, es posible entender el art. 851 CC de modo similar al art. 814 CC: basta con reconocer al viudo su derecho de usufructo. Así, si el testador, que deshereda al cónyuge injustamente, tenía

46. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, II, p. 189, a propósito de esta redacción originaria del art. 814, aunque se refería a la ineficacia parcial de la institución de heredero, añadía que el viudo recibía su cuota *ex lege*, igual que la recibiría si la sucesión fuera intestada y concurrieran parientes del testador de mejor grado sucesorio que él mismo. Citaba a García Bernardo, para quien la omisión del viudo no puede tener virtualidad para anular la institución, porque, anulada, el viudo no es heredero, y no es lógico dar a su posición de legitimario un efecto (anulación de la institución de heredero) que él no puede reemplazar con el título de heredero *abintestato* que la ley no le da.

47. No obstante, para el supuesto de preterición errónea del cónyuge podría plantearse la aplicación del art. 767 CC, en cuyo caso el cónyuge sí podría ser heredero si no hay parientes en línea recta en la sucesión intestada del causante. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), Madrid, 2003, p. 5346; el autor indica que la aplicación del art. 767 CC requiere unos presupuestos, prueba del error y su carácter determinante de la institución, que no son necesarios para la preterición no intencional de descendientes.

descendientes o ascendientes, no procederá tal anulación, sino tan solo reconocer el usufructo correspondiente. Solo si cónyuge era el heredero *abintestato*, por no existir parientes en línea recta, habrá que anular la institución de heredero del testamento que lo deshereda (instituyendo a un hermano, por ejemplo).

- El art. 655 CC menciona a los que tengan derecho a una parte alícuota de la herencia, separándolos de los que tengan derecho a legítima, como sujetos legitimados para reclamar la reducción de donaciones inoficiosas. Aunque originariamente la referencia a los primeros también tenía sentido en relación con otros, hoy se ha de limitar al cónyuge viudo, que queda diferenciado de los otros legitimarios⁴⁸.
- El art. 985 CC menciona a los herederos forzosos sin más, como se hace en el art. 1035 CC. Parece claro que la norma se refiere a los descendientes en orden al acrecimiento entre ellos. Por eso también podría pensarse que los preceptos sobre la colación se refieren solo a los descendientes en orden a los descuentos entre ellos. Como indica Miquel González en relación con el art. 985 CC, la legítima del CC se atribuye al grupo y si repudia uno de sus componentes, los demás aumentan su parte, pero no por la forma en que el testador haya hecho los llamamientos, como sucedería por aplicación de las reglas del derecho de acrecer, sino porque la delación legal de la legítima es al grupo⁴⁹. En esta línea podría pensarse que los descendientes colacionan, independientemente de que sean instituidos herederos por el testador, en cuanto integrantes del grupo en que opera la igualdad. En cuanto legitimarios de la misma clase, entre los descendientes tiene lugar el aumento de las cuotas de los no repudiantes o de los no donatarios o la reducción de las cuotas de los donatarios. Al viudo le han de resultar indiferentes esos aumentos o disminuciones; su derecho de usufructo de un tercio recaerá sobre los bienes hereditarios, salvo conmutación, cualquiera que sea el reparto que hagan los hijos (tomen unos más que otros). El párrafo segundo del art. 985 CC se refiere expresamente a los coherederos en la legítima; distintas normas sobre colación también aluden a los coherederos, que han de serlo en la legítima (habida cuenta de la relación entre colación y legítimas, como establece el propio art. 1035 CC y tal y como se explicó en el apartado anterior), y de ese grupo no forma parte el viudo.
- La norma del art. 968 CC contempla que el viudo hubiera recibido bienes por donación de su difunto consorte, para imponerle la obligación de reservarlos a favor de los descendientes de ese matrimonio, en el caso de que vuelva a casarse (art. 979 CC). Según la redacción originaria del Código, solo podría tratarse de donaciones por

48. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones...», pp. 998-1.000, explica que en la versión original del Código los sujetos que tenían derecho a una parte alícuota, pero no a la legítima, eran los hijos ilegítimos naturales, cuya cuota se extraía del tercio de libre disposición. Tras la reforma de 1981, sigue, carece de sentido la legitimación del que tenga derecho a una parte alícuota de la herencia referida a los hijos naturales, pero no al cónyuge viudo.

49. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones...», p. 996, explica que la delación legal de la cuota legitimaria es al grupo.

razón de matrimonio, para las que se admitía que no procedería su colación, por no ser imputables a la legítima, entre otras razones⁵⁰. En la original redacción del Código se partía de que lo reservable era un bien donado, cuyo valor no se había colacionado porque el donatario no era un heredero forzoso al tiempo de la donación. Admitidas las donaciones vigente el matrimonio, la reserva viudal se ha mantenido igual en el art. 968 CC y no se debe ignorar que la norma presupone inexistencia del deber de colacionar para quien luego ya sí es heredero forzoso, el viudo, simplemente por el hecho de no serlo un poco antes, en el momento de la donación⁵¹. Lo donado no se colacionaba; se reservaba si el viudo contraía nuevo matrimonio.

Los preceptos sobre la reserva viudal inducen a pensar que el viudo no ha de colacionar el valor de lo donado en la partición que realizara con los hijos, pues no parece muy coherente descontar la donación del usufructo, capitalizado, y, a la vez, tener que conservar el bien donado para que sucedan los hijos. Si en el Código Civil el nuevo matrimonio no es causa de extinción del usufructo viudal, no parece que tampoco deba reducirse en la medida del valor de la donación, precisamente porque se ordena que lo donado vaya a manos de los descendientes al existir riesgo de desviación. El viudo puede disfrutar de su derecho de usufructo en su integridad. Y esto lo mismo ha de valer para el viudo que se vuelve a casar que para el que no repite matrimonio; el que continúa siendo viudo goza de libertad sobre el bien donado, pero la inexistencia de riesgo de desviación de los bienes de su línea de procedencia (el cónyuge premuerto) no ha de suponer rebajar su derecho. Sencillamente, la cuota usufructuaria se disfruta sin reducciones y, en caso de volverse a casar, el viudo está obligado a conservar los bienes recibidos por donación de su difunto esposo para que sucedan en ellos los descendientes del primer matrimonio. Si el Código contempla el riesgo de que el bien se desvíe para imponer la reserva viudal es porque no se colacionó, no se descontó su valor, pues no tendría mucho sentido que el cónyuge reciba menos como legítima y, además, tenga que reservar el valor total de la donación (la propiedad del bien). Por eso, parece que el Código solo tenía en mente la colación entre descendientes, sobre los que no recae obligación alguna de reservar⁵².

50. En el capítulo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio, la originaria redacción del art. 1331 CC disponía que «los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, solo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión testada», a lo que añadía el primitivo art. 1334 CC, que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia».

51. El inicial art. 1333 CC ordenaba la ineficacia de la donación por razón de matrimonio si este no llegaba a celebrarse, lo que también establecía el art. 1326 CC originario para las capitulaciones matrimoniales, aunque no se disponía el plazo de un año, como en la actualidad.

52. Si bien, en virtud del art. 812 CC, los ascendientes suceden con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos

Por otra parte, lo que se ha planteado la doctrina es si la obligación de reservar afecta a la legítima del viudo, preguntándose si lo recibido como tal también está sujeto a reserva por haberse adquirido en la sucesión testada o intestada del difunto consorte. Parece que la respuesta ha de ser negativa, puesto que el art. 968 CC sujeta a reserva «la propiedad de los bienes», cosa que no recibe el viudo como legitimario, ni aun en el caso de que se le haya conmutado su usufructo (a la vista de los medios de pago que admite el art. 839 CC). Solo en un caso se podría dar el supuesto de la reserva viudal: cuando el viudo concorra con hijos solo del causante, no comunes, pues, según el art. 840 CC, aquellos pueden elegir sustituir el usufructo viudal por un lote de bienes hereditarios; en este supuesto es dudoso que el viudo esté obligado a reservar los bienes recibidos a cambio de su legítima, pues, de estarlo, no podría disponer de los mismos, quedando en similar posición que si su usufructo no se hubiera conmutado.

En relación con esta cuestión, Lacruz Berdejo niega que la legítima viudal tenga que ser reservada por dos razones: una, que la propiedad de los bienes queda en la familia; otra, que quedaría burlada la finalidad alimentaria del usufructo si no pudiera el viudo gastar y consumir los frutos. La solución contraria, decía Lacruz Berdejo, solo valdría contemplando en la reserva una sanción contra las segundas nupcias, para reducir los ingresos que la ley asigna al cónyuge por su condición de viudo, para alimentarle a él y solo para eso, nunca para contribuir a un nuevo matrimonio. Pero, termina, no parece ser esa la finalidad de la ley y, en general, cualquier limitación al usufructo viudal por causa de segundas nupcias debería haberse establecido por el CC al regular la legítima del cónyuge viudo⁵³. La respuesta de Lacruz Berdejo apoya la tesis de que la legítima ha de disfrutarse por el viudo en su integridad, sin tomar de menos el valor de la donación; la legítima viudal no ha de ser reservada en caso de nuevo matrimonio, ni ha de ser rebajada en caso de donación al cónyuge en vida⁵⁴.

Habiendo recibido una regulación diferenciada el cónyuge viudo en distintos aspectos, puede mantenerse su separación también a efectos de colación. La obligación de colacionar se impone a los que concurren como coherederos forzosos y tomarían bienes

objetos donados existan en la sucesión; en otro caso, sucederán en las acciones del donatario, en el precio o en los bienes por los que se hayan permutado. Pero esta reversión de donaciones no implica las limitaciones o deberes que la reserva viudal supone para el cónyuge viudo en vida (arts. 974 a 978 CC).

53. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, T. II, p. 274.

54. Otro posible caso de reserva viudal sobre lo recibido como legítima sería aquel en que el viudo haya adquirido los bienes de los hijos del primer o anterior matrimonio (art. 969 CC), mas en este supuesto sería legitimario de estos o heredero en su sucesión intestada, surgiendo el mismo problema que en la reserva lineal regulada en el art. 811 CC, caso para el que se acepta que la obligación de reservar alcanza a la legítima del ascendiente; ahora bien, el fundamento de la legítima del ascendiente puede ser bien distinto del que justifica la legítima del cónyuge viudo.

en propiedad del haber partible, aunque en el caso concreto no sean llamados como herederos o no tomen nada de aquel (porque el causante haya elegido otro medio de pago de la legítima, como el legado o la donación). La colación sí exige concurrencia de los que integran el grupo llamado por la ley al reparto de los bienes como propietarios. Y por eso no debe colacionar el viudo, que puede concurrir con los hijos en la partición, en el sentido de resultar llamados todos a la sucesión, pero no concurre con ellos en el sentido de coincidencia en el llamamiento en orden al reparto de la herencia. Colacionar es adicionar el valor de lo donado, para que los otros legitimarios tomen más en el reparto de los bienes hereditarios (arts. 1047 y 1048 CC), reparto este en que no participa el viudo. Para el viudo no tiene sentido el tomar de menos para que los otros tomen bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. El viudo no se descuenta nada, simplemente no será cotitular del uso: eso sí, lo tomaría de menos, pero no hay coheredero alguno que tome el equivalente en otros bienes hereditarios, sino herederos que dejan de soportar el gravamen.

Como colacionan los que deberían proceder a la partición (precisamente para determinar si algún heredero forzoso debe tomar menos o no tomar nada, para que lo tomen los demás), no se requiere mera concurrencia de legitimarios sin más, sino de coherederos forzosos, esto es, pluralidad de los que se reparten la herencia. El viudo, aunque deba velar por que se respete su derecho, no tiene que intervenir en la adjudicación de los bienes hereditarios. En su derecho el viudo está solo, no concurre con nadie. Sin embargo, en el reparto de los bienes hereditarios tiene que darse la concurrencia que justifica que los otros tomen el equivalente del valor de lo donado a uno de ellos: es precisa la existencia de coherederos forzosos. Los descendientes tienen el deber de colacionar porque, como tales, son coherederos forzosos (aunque su legítima se satisfaga mediante donación, legado o, lógicamente, como herederos), lo que no es el viudo, aunque sea heredero forzoso. Cuando el art. 1035 CC impuso la colación no podía estar pensando en el cónyuge, pues, por un lado, no se admitían las donaciones entre esposos y, por otro, las donaciones por razón de matrimonio no se imputaban a la legítima. Y después, aunque cupiera considerar incluido al viudo en la referencia a los herederos forzosos del art. 1035, otros preceptos sobre la colación se refieren a los «coherederos» en el reparto de los bienes, entre los que no está el viudo; así, los arts. 1047, 1048 y 1050. El viudo es legitimario, pero no concurre con nadie como coheredero.

Finalmente, tampoco estaría obligado a colacionar el cónyuge que sí es heredero (no solo heredero forzoso), como en alguna ocasión se ha afirmado o se ha cuestionado. Si el viudo es, además de legitimario, heredero en la concreta sucesión de que se trate, tampoco se daría la concurrencia a la que se refiere el art. 1035 CC. El cónyuge no concurre con nadie si la sucesión es intestada, pues su llamamiento depende de que no haya descendientes ni ascendientes y, en ese caso, recibe todo como heredero *abintestato* único (art. 944 CC). Y si la sucesión es testada y, por tanto, el viudo es coheredero por haber sido instituido por el testador (cónyuge premuerto), tampoco colaciona porque el Código Civil se refiere a la concurrencia como coherederos forzosos, no a la concurrencia de coherederos voluntarios (o de extraños con forzosos). La

conurrencia como coherederos forzosos es propia de los descendientes; el cónyuge viudo puede resultar llamado a la herencia junto con aquellos, pero, aunque sea coheredero voluntario, no es coheredero forzoso: su concurrencia es en forma distinta, como el propio legislador se ocupó de advertir, una vez que incluyó al cónyuge entre los legitimarios.

Por otra parte, distintas normas del Código Civil demuestran que determinadas atribuciones patrimoniales al cónyuge bien quedan al margen de sus derechos sucesorios, bien son independientes de lo que pueda corresponder a los descendientes. Así, el art. 1321 CC establece que el ajuar de la vivienda habitual común se entregará al viudo, fallecido el consorte, «sin computárselo en su haber»; por tanto, se produce un traspaso de la propiedad de estos bienes al cónyuge sobreviviente independiente de sus derechos sucesorios; esto es, el cónyuge puede recibir algo más para su bienestar o adecuada supervivencia sin que ello repercuta en el usufructo viudal. Por su parte, el art. 814. II. 2º ordena mantener la institución de heredero a favor del cónyuge en caso de preterición no intencional o errónea de alguno o algunos de los hijos o descendientes; por tanto, su cuota hereditaria no se ve alterada ni en el grave caso de preterición errónea de los hijos o descendientes, salvo en lo necesario para cubrir la legítima de los preteridos.

Las resoluciones judiciales anteriormente citadas prescinden de que el viudo fuera heredero o legatario de parte alícuota en el caso concreto, centrándose en que, como legitimario, no es heredero. Efectivamente, si el viudo debe colacionar no ha de depender de que sea heredero voluntario o legatario de parte alícuota. En relación con los hijos, tampoco depende de eso, pues colacionarán siempre, salvo dispensa, por su carácter de coherederos forzosos, como se ha explicado. No tiene sentido si el viudo instituido heredero tiene, en ese caso, por ser heredero, deber de colacionar. Su obligación de colacionar, de admitirse, habría de basarse en otras consideraciones y no en su título de heredero⁵⁵. Si el cónyuge es heredero, sigue siendo legitimario y es esta cualidad la que determina el deber de colacionar; pero esta cualidad es la decisiva para los legitimarios que son coherederos forzosos y concurren como tales. Por otra parte, la institución de heredero del cónyuge no hace que la donación tenga que imputarse necesariamente a su legítima.

Si el ámbito donde tiene más sentido la colación es la sucesión intestada, por encontrarse en la igualdad su razón de ser, obvio es que no puede alcanzar al viudo, que no concurre con nadie. Y si no procede para la intestada la colación del viudo, tampoco debe proceder para la sucesión testada, pues, aunque sea instituido por igual junto con los descendientes, y aunque la colación en sentido propio tenga lugar en el tercio de libre disposición, la colación se impone no en cuanto coheredero voluntario, sino en cuanto coheredero forzoso y es consecuencia de la imputación de la donación a la legítima por el trato

55. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación...», p. 402, señala que parece extraño que la colación del cónyuge exija manifestación de voluntad para instituirle heredero; la colación, añade, no exige ninguna voluntad testamentaria del donante y si fuera necesaria para el cónyuge, con el mismo fundamento habría que admitir la colación de los extraños.

igualitario que pretenden las normas, objetivo del que escapa el viudo, al disfrutar de una legítima distinta.

Aceptado está, en general, que la colación no pretende la protección de las legítimas; pero sí está relacionada con ellas en cuanto es una operación que se impone solo a los que son herederos forzosos y requiere que la donación se tenga en cuenta previamente a efectos de legítima (cosas ambas que expresamente establece el art. 1035 CC). Y en lo que a la legítima se refiere (aunque también en alguna otra cosa), el viudo recibe un tratamiento diferente, por lo que se debe separar de algunas instituciones u operaciones, como la colación. En este sentido, en el Código Civil de Cataluña, como el cónyuge no es heredero forzoso, ya quedaría al margen de la colación, pero el art. 464-17 menciona exclusivamente a los descendientes como sujetos obligados a colacionar; y, además, para el cálculo de la cuarta viudal se ordena expresamente que no se incluyan las donaciones hechas al cónyuge viudo (aunque sí otras).

4. CONCLUSIONES

La solidaridad conyugal que puede justificar la legítima del viudo quizá requiera reglas diferentes a las dispuestas para otros herederos forzosos, cuyas legítimas encuentran su fundamento también en la solidaridad familiar, pero, además, en otras consideraciones, como la igualdad de los descendientes, pretensión igualitaria de la que habría de escapar el viudo. La propia ley, a la vez que tiende a la igualdad, mediante la imputación a la legítima de las donaciones y consiguiente colación (operando esta en el tercio libre), especifica que el viudo es un heredero forzoso diferente a los de los otros grupos. Distintas normas apoyan que el viudo deba considerarse excluido de la colación: la especial configuración legal de su legítima implica que la donación no deba considerarse un anticipo de la misma, que no sea coheredero forzoso, aunque sea legitimario, y que no participe en el reparto de los bienes hereditarios, resultado ajeno a los ajustes entre los que sí concurren como coherederos forzosos (que, por otra parte, aun siendo herederos en cuanto legitimarios, no tienen que suceder necesariamente como herederos en la concreta sucesión de que se trate).

La solidaridad conyugal se impone contra la voluntad del esposo premuerto, pues la legítima del viudo se establece como límite a esta. Admitida en la ley una participación obligatoria en la herencia para el cónyuge, de modo que pueda usar y disfrutar de una parte de la misma, ha de ser independiente de las donaciones realizadas en vida. Estas no han de ser un anticipo de un derecho que nace para el bienestar del viudo, so pena de quedar frustrada esta finalidad. No parece que quepa, ni en la ley ni en la voluntad del cónyuge donante, eliminar o reducir el usufructo viudal dándolo por satisfecho mediante una donación en vida. Así, la ley no regula una posible conmutación del usufructo por donaciones del esposo premuerto y, aunque la inexistencia de norma sobre imputación de la donación al cónyuge puede tener una explicación histórica, la primitiva redacción del Código partía de que las donaciones *propter nuptias* no eran colacionables y, sin embargo, sí eran reservables si el viudo repetía matrimonio, reserva viudal que se mantiene hoy, apoyando la tesis de que del usufructo, capitalizado, no se descuenta el valor de la donación y, en caso de nuevas nupcias, el bien donado se reserva. Por su parte, el cónyuge donante quiere, por definición, favorecer a su consorte, por lo que parece adecuado excluir la colación de la donación y mantener la tesis de la acumulación de donación y legítima, imputándose aquella al tercio libre; y si tras la donación cambiara su intención, ello no debería conducir a considerar satisfecha una legítima que se impone a pesar de su voluntad.

La peculiaridad de la legítima del cónyuge viudo no puede perderse de vista cuando, en pro de la libertad de disposición del causante, hoy se postula la reforma del sistema legitimario del Código Civil. Así, la imputación de donaciones a la legítima de los herederos forzosos, y consiguiente colación, favorece la autonomía de la voluntad de aquel, quedando íntegro o menos menguado el tercio de libre disposición para disponer a favor de extraños; mas esta regla ha de cuestionarse tratándose del cónyuge, pues no se compagina bien con la naturaleza de su legítima, ya que no se trata de la transmisión del patrimonio (como ocurre con los descendientes, para los que disminuye su porción

obligatoria por considerarse pagada mediante una donación en vida), sino de la creación de un derecho, antes inexistente, en atención a la particular situación del cónyuge tras enviudar. Otra cosa es que la atención al viudo pueda ser objeto de una regulación diferente, contemplándolo, o no, como legitimario, o que se consideren suficientes las normas sobre régimen económico matrimonial; pero de momento no cabe sino considerar al viudo heredero forzoso, si bien aparte.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENAS CARPIO, J. M., *La dispensa de la colación*, Cizur Menor, 2009.
- BUSTOS LAGO, J. M., «Comentario al art. 834», *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta *online*).
- CANO TELLO, C. A., «El artículo 834 del Código Civil desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del derecho de familia español», *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, pp. 393-404.
- CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario al art. 834», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta *online*).
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 2011.
- DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Murcia, 2006, pp. 13-171.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, T. 2, 12ª ed., Madrid, 2017.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 1035», *Código Civil Comentado*, Vol. II, Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), 2ª ed., Madrid, 2016 (consulta *online*).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una sentencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1992, 1, pp. 377-418.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Capilla Roncero, F., Espejo Lerdo de Tejada, M., Aranguren Urriza, F. J. (dirs.), Cizur Menor, 2019, pp. 437-461.
- GALVÁN GALLEGOS, A., «Operaciones particionales», *La partición de la herencia*, O'Callaghan Muñoz, X. (coord.), Madrid, 2006, pp. 301-333.
- GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Santiago de Compostela, 2020.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, 3, pp. 1105-1196.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Madrid, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, en Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F., *Derecho de sucesiones*, T. I, Barcelona, 1971, y T. II, Barcelona, 1973.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Partición y colación», *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2012, pp. 97-123.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Heredero», *EJB*, II, Madrid, 1995, pp. 3303-3306.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima», *EJB*, III, Madrid, 1995, pp. 3949-3954.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Cabanillas Sánchez, A. (coord.), Madrid, 2003, pp. 5339-5390.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Legítima material y legítima formal», *AAMN*, 2009, T. II, pp. 493-560.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P. (dirs.), Madrid, 2014, pp. 983-995.
- MORELL TERRY, J., «Colación especial exigida en el art. 1.035 del Código Civil», *RGLJ*, T. 108, pp. 27-45, 113-132.
- MUÑOZ GARCÍA, C., *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, 4, pp. 849-908.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. II, Vol. 1º y Vol. 2º, Madrid, 2004.
- ROCA JUAN, J., «Comentario al art. 1035», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol 2º, Albaladejo García, M.-Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1989 (consulta *online*).
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Pamplona, 2017.
- RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, 2017.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La legítima del cónyuge viudo (artículos 834 a 840 del Código Civil)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, 2014, pp. 3087-3137.

SARMIENTO RAMOS, J., «Comentario al art. 1035», *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P. (dirs.), Madrid, 1993 (consulta *online*).

VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al art. 1035» (actualizado por Ordás Alonso, M.), *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 5ª ed., Pamplona, 2021 (consulta *online*).

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. IV, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario a los arts. 819 y 834», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XI, Albaladejo García, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), Madrid, 1982 (consulta *online*).

Sentencias citadas

Tribunal Supremo

3 de junio de 1965 (RJ 1965/3812)

19 de junio de 1978 (RJ 1978/2357)

17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161)

9 de enero de 1995 (RJ 1995\341)

25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549)

18 de octubre de 2007 (RJ 2007/8625)

11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9714)

19 de febrero de 2015 (RJ 2015/1400)

17 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3619)

24 de mayo de 2023 (RJ 2023/3724)

Audiencias Provinciales

SAP de A Coruña de 16 de noviembre de 2000 (JUR 2001/109598)

SAP de Madrid de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/151525)

SAP de Madrid de 14 de julio de 2003 (JUR 2004/18187)

SAP de Madrid de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004\249789)

SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (AC 2004/484)

SAP de A Coruña de 22 de octubre de 2010 (AC 2010/1816)

SAP de Huelva de 28 de marzo de 2019 (JUR 2019/169370)

