

¿SIGUE SIENDO LA SANGRE MÁS PESADA QUE EL VÍNCULO
AFECTIVO? LOS PADRES SOCIALES Y LA VÍA DEL ART. 87
DE LA LEY 15/2015, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, PARA
LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS
MENORES CON QUIENES CONVIVEN

*IS THE BLOOD STILL HEAVIER THAN THE AFFECTIVE BOND?
THE SOCIAL PARENTS AND ART. 87 OF THE LAW 15/2015, OF
VOLUNTARY JURISDICTION, TO TAKE MEASURES FOR THE
PROTECTION OF MINORS WITH WHOM THEY COHABIT*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 282-301



Miriam PACHO
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de junio de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Los nuevos modelos de familia han ampliado su tradicional estructura, dando cabida a otros sujetos sin vínculo de sangre pero que participan activamente en el ejercicio de la parentalidad: los padres sociales. El objeto del presente trabajo es delimitar la viabilidad del expediente de jurisdicción voluntaria del art. 87 para la adopción de medidas de protección de los menores en favor de los “padres de hecho”.

PALABRAS CLAVE: Padres sociales; menores; jurisdicción voluntaria; parentalidad; protección.

ABSTRACT: *The new family models have expanded their traditional structure, making room for other subjects without blood ties but who actively participate in the exercise of parenthood: the social parents. The purpose of this paper is to delimit the viability of the voluntary jurisdiction proceedings of art. 87 for the adoption of measures for the protection of minors in favor of “the facto parents”.*

KEY WORDS: *Step parents; children; voluntary jurisdiction; parenthood; protection.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DE LA FAMILIA NUCLEAR A LAS CONSTELACIONES FAMILIARES: LA RECONFIGURACIÓN DEL PARENTESCO.- 1. La familia nuclear.- 2. Los nuevos modelos de familia: las constelaciones familiares.- 3. Los padres sociales: otras formas de entender el parentesco.- III. EL ENCAJE JURÍDICO DEL PADRE SOCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA RECOMPUESTA POR LA RUPTURA DE LA PAREJA.- 1. El marco normativo básico.- 2. La vía ordinaria.- A) Medidas provisionales.- B) Medidas definitivas.- 3. La vía de urgencia: el art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.- A) El carácter accesorio del expediente de jurisdicción voluntaria.- B) La necesaria existencia de medidas provisionales o definitivas previas.- C) El carácter de urgencia.- D) Los sujetos legitimados activamente para instar el expediente de jurisdicción voluntaria.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La institución de la familia en España ha sido objeto de una profunda transformación durante las últimas décadas. Los cambios experimentados en nuestra sociedad a partir de la segunda mitad del siglo XX han incidido de manera determinante en el modelo de familia que tradicionalmente conformaba los hogares españoles. La composición nuclear formada por padre, madre e hijos ya no constituye el modelo de familia natural, sino que existen otras alternativas basadas en la posibilidad de disociar la relación de pareja de la paternidad, y en la reconstrucción y recomposición de las familias a consecuencia de una ruptura previa. El parentesco ya no se construye exclusivamente en virtud de un lazo biológico o de afinidad, sino que el sentido de pertenencia entre individuos que conviven ha creado un nuevo modelo de parentesco nacido de los lazos sociales. Hoy en día, “en la constitución de la familia, el elemento carnal, biológico, ha perdido su importancia en provecho del elemento psicológico, afectivo... La familia ya no es el indivisible sistema tejido “jure sanguinis”, es un medio educativo que solo existe a condición de ser diariamente vivido”¹.

Sin embargo, la evolución experimentada por nuestra sociedad en lo que a la institución familiar se refiere, requiere de un marco jurídico igual de flexible y actualizado, acorde a las necesidades reales de estas familias y de la sociedad en su conjunto. Nuestro Ordenamiento Jurídico ha de garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos con independencia de su situación económica y social², reconociendo y protegiendo por igual a cada una de las familias que componen nuestra sociedad, independientemente de su estructura o procedencia. Y esto es, a día de hoy, una tarea pendiente.

1 REBOURG, M.: “Les familles recomposées: la prise en charge de l’enfant par son beau-parent pendant la vie commune”, *Actualite juridique famille*, 2007, p. 290.

2 Arts. 1.1 y 14 CE, en consonancia con el art. 39, de protección social, económica y jurídica de la familia, y protección integral de los hijos.

• **Miriam Pacho Jiménez**

Abogada y Criminóloga. Investigadora Predoctoral CEU. Correo electrónico: miriampachojimenez@gmail.com.

II. DE LA FAMILIA NUCLEAR A LAS CONSTELACIONES FAMILIARES: LA RECONFIGURACIÓN DEL PARENTESCO.

I. La familia nuclear.

La familia dominante durante la práctica totalidad del siglo XX se basaba en un modelo jerárquico y patriarcal, construido sobre los sólidos cimientos del sagrado matrimonio católico, y compuesto por el núcleo indisoluble esposos e hijos. Esta superioridad manifiesta del hombre frente a la mujer se mostraba no sólo a nivel social en lo que al ejercicio de derechos se refería, sino también en el marco privado del hogar, en el que la esposa continuaba sometida a la voluntad del cabeza de familia. La autoridad ejercida por el marido frente a su mujer e hijos abarcaba tanto el aspecto económico como el ideológico, y sus decisiones jamás eran cuestionadas. Ni qué decir tiene que la sexualidad y la fecundidad se reservaban de manera exclusiva a la perpetuación del linaje dentro de la sagrada institución del matrimonio. Por su parte, la labor de la esposa y madre se circunscribía a la función de cuidadora del marido y de los hijos, a la llevanza del hogar familiar y al desarrollo de las tareas domésticas.

No fue hasta mediados del siglo XX cuando la institución de la familia comenzó a cambiar debido a la influencia de una serie de factores externos³: la reducción demográfica⁴, la incorporación de la mujer al trabajo⁵, la intervención del Estado en muchas de las esferas familiares⁶, el proceso de industrialización, el fin de la dictadura franquista, la emigración a los núcleos urbanos y el decaimiento del medio rural, el desarrollo del turismo o la mejora de los niveles de bienestar contribuyeron a la transformación de los sistemas familiares y de la sociedad en su conjunto.

2. Los nuevos modelos de familia: las constelaciones familiares.

Las familias actuales son plurales y diversas. El modelo tradicional formado por los esposos y los hijos ha ampliado su tejido estructural, abriendo paso a otras posibilidades, cada vez más frecuentes, de crear familias. Algunas parten de una recomposición tras una ruptura previa; otras muchas se construyen, de raíz,

3 REHER, D.: "El cambio familiar en España en el marco de la evolución histórica", *Arbor*, 2004, pp. 187-203.

4 La mejora de la eficacia de la reproducción y la disminución de la mortalidad infantil alteró la forma de concebir existente hasta entonces. Este hecho, sumado a la pérdida de relevancia de los grandes sistemas familiares en pro de las familias nucleares, favorecieron la transformación de la demografía española, permitiendo a muchos progenitores criar "hijos de calidad", tal y como los denominaban los demógrafos.

5 La disminución del número de hijos y la transformación de la forma de concebir la fecundidad favoreció el acceso de la mujer al mercado laboral a partir de la década de los 70. La incorporación de la esposa al trabajo fuera del hogar obligó a otros miembros de la familia a asumir ciertos roles que hasta entonces había desarrollado la madre y que tradicionalmente no les competían.

6 En el llamado "Estado de bienestar", el Estado suplanta a las familias en ciertas funciones y esferas, especialmente en lo relativo al ámbito educativo y sanitario, lo que potencia el desarrollo y protección de la institución.

sobre la base de la monoparentalidad, en pro de la disolución del binomio “pareja-filiación”; otras, aunque cada vez son menos, mantienen su carácter tradicional; también existen aquellas formaciones que no cumplen con la heteronormatividad, y se componen por uniones hombre-hombre, mujer-mujer, personas bisexuales o personas transgénero⁷; pero todas ellas coinciden, en definitiva, en mantener el sentido de pertenencia, ya sea natural o adquirido, dando continuidad a la institución de la familia mediante la aceptación de los diversos modelos, todos ellos igual de válidos.

Nuestro sistema actual es, por tanto, plural, y mezcla lo nuevo con lo tradicional, es decir, “que desde el punto de vista constitucional tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales” (STS 12 mayo 2011⁸). Las relaciones han cambiado y se han diversificado y, sin embargo, a pesar de ello (o, más bien, gracias a ello), seguimos hablando de familias⁹.

Los nuevos modelos de familia han roto, como decíamos, con una serie de patrones¹⁰ sobre los que se asentaban los más tradicionales. Para lo que aquí respecta, conviene analizar la formación de familias basada en la ruptura conceptual del binomio “pareja conyugal-pareja progenitora”, a través de la cual se reinventa el ejercicio de la paternidad. Se integran aquí todas aquellas familias reestructuradas tras una separación previa, formadas ahora por una pareja con hijos no comunes de una relación anterior, que circulan entre los hogares paternos y maternos y en las que el tiempo y el espacio aparecen como dimensiones fundamentales¹¹, lo que ha llevado a algunos autores a denominarlas “constelaciones familiares”¹². En estos escenarios, alguno de los adultos que convive con los menores no es su padre biológico y carece de vínculo sanguíneo, pero ejerce activamente determinadas

7 BLANCO ÁLVAREZ, T.: “Parentalidades en familias diversas”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 148, 2015, pp. 39-48.

8 STS 12 mayo 2011 (EDJ 2011/78873).

9 Algunos autores, como Gómez García, consideran que los nuevos modelos de familia y la ideología antimatrimonial y antifamiliar desnaturalizan y disuelven los lazos familiares y que terminarán por abolir la familia. Véase: GÓMEZ GARCÍA, P.: “Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica”, *Gazeta de Antropología*, núm. 28°, art. 8, 2012.

10 Siguiendo a Rivas, los cambios introducidos en la composición de las familias han introducido una serie de rupturas conceptuales, que se resumen en: la disociación entre las relaciones conyugales y las relaciones filiales; la posibilidad de crear lazos de filiación sin necesidad de tener una relación de pareja; las técnicas de reproducción asistida y la posibilidad de procrear sin tener relaciones sexuales; y la disociación de la residencia como epicentro de la familia. Véase: RIVAS RIVAS, A. M.: “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 1, 2008, pp. 179-202.

11 JOCILES RUBIO, M. I. y VILLAAMIL PÉREZ, F.: “La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas”, *Anthropologica*, núm. 26, 2008, pp. 63-85.

12 Rivas, citando a Beck-Gernsheim (2003), considera que el concepto “constelación familiar” contempla la red de hogares que están interrelacionados y conectados a través de la circulación de los hijos, en RIVAS RIVAS, A. M.: “Las nuevas”, cit., pp. 179-202.

funciones parentales. Es el denominado “padre social”, aquel individuo que ha contribuido a reinventar la paternidad, transformándola en un hecho social buscado. Padre ya no es sólo aquel que tiene lazo biológico con el menor con quien convive, sino que también lo es quien cimienta este vínculo sobre la voluntad, ejerce las funciones de padre y construye así las raíces de la filiación.

3. Los padres sociales: otras formas de entender el parentesco.

Aunque no privados de dificultades, los nuevos modelos de familia han favorecido de manera inequívoca la pérdida de importancia del elemento biológico en beneficio del vínculo afectivo¹³, convirtiendo en familia a aquellos que no lo eran. Ahora, resulta tan importante el “ser” en una persona como el “hacerse”¹⁴.

La aparición del denominado “padre social” en el seno de estas formaciones ha contribuido a la reconfiguración de la tradicional figura paterna, que abarcaba de manera indisoluble el vínculo biológico con las funciones parentales, y ha transformado no sólo el concepto hegemónico de la paternidad sino también la relación filial y el parentesco en su conjunto.

En primer término, se ha experimentado una evolución que ha derivado en una disociación de la figura paterna en dos procesos bien distintos: el de paternidad, como estado que inscribe al individuo en una genealogía, y el de parentalidad, como la función que cumple quien aporta al niño medios materiales, educativos y afectivos para su crianza¹⁵. Esta disolución ha contrapuesto ambas funciones¹⁶ y las ha diferenciado entre sí, permitiendo que su ejecución se desarrolle ahora por sujetos distintos (el padre y el padre social).

En segundo término, las nuevas formas de crear familias han logrado desestabilizar los cimientos sobre los que se construía la teoría del parentesco. Tradicionalmente, hemos hablado de parentesco para hacerlo de identidad, de pertenencia, de lazos. De legitimidad, de herencia. De la fuerza de la sangre. Sin embargo, la transformación experimentada en las últimas décadas por la sociedad en lo que a los modelos de familia se refiere ha demostrado que el parentesco

13 En este sentido reflexiona Carbonnier, citado por REBOURG, M.: “Les familles”, cit., p. 290.

14 Schneider elaboró una distinción entre el “ser” y el “hacer”, ambos términos considerados estados de construcción cultural de una persona, en JOCILES RUBIO, M. I. y VILLAAMIL PÉREZ, F.: “Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante”, *Ankulegi*, núm. 20, 2016, pp. 63-77.

15 TAMAYO HAYA, S.: “La reconstrucción de nuevas familias y la ausencia de reconocimiento legal”, en AA.VV.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2009, p. 23.

16 La distinción y contraposición de conceptos fue esbozada por el autor francés Mourat, y constituye la raíz sobre la que poder explicar la evolución del parentesco, en TAMAYO HAYA, S.: “La reconstrucción”, cit., p. 22.

también puede crearse¹⁷. Que la distinción entre lo natural y lo construido no es tan nítida como parecía. Que el vínculo entre sujetos puede construirse en base a los genes, pero también a la socialización, a la educación y al afecto. Que ambos dominios, el natural y el social, contribuyen en igual medida a la formación de la persona. Y que su combinación es importante, y no existe una frontera clara que determine qué parte de la formación de un sujeto proviene del vínculo sanguíneo o del afectivo. El parentesco es una mezcla de lo que viene dado (parentesco biológico), y lo construido (parentesco por afinidad y por adopción). Es una forma de establecer relaciones, un modelo de conocimiento que define un lazo social y vincula a un sujeto respecto de otro. Ahora el parentesco también puede ser social, y basarse exclusivamente en las relaciones de apego bidireccionales entre individuos que crean vínculos paterno-filiales entre sí¹⁸.

No obstante, y pese a ser uno de los cambios más notables en los hogares españoles desde la década de los años 90¹⁹, a día de hoy estas relaciones no se encuentran debidamente legitimadas y se enfrentan a continuos desafíos y procesos de experimentación ante las limitaciones sociales y jurídicas existentes²⁰. A pesar de que cada vez son más niños los que viven con las parejas de sus padres, y que estos “padres de hecho” ostentan un papel esencial en el desarrollo, crianza y educación de los menores con quienes conviven, no son nadie a ojos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

III. EL ENCAJE JURÍDICO DEL PADRE SOCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA RECOMPUESTA POR LA RUPTURA DE LA PAREJA.

I. El marco normativo básico.

Ya hemos referido con anterioridad que nuestro país, como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), ha de asegurar la igualdad efectiva entre los individuos y grupos que integran la sociedad (art. 9.2 CE). Y, entre dichos grupos, se encuentran las familias, cuya protección dispensa la Constitución Española (en adelante, CE) en su art. 39, al proclamar que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Nuestro marco jurídico interno contempla la pluralidad de las formas de familia e incluye en esta

17 ¿Acaso en el parentesco por afinidad o en el parentesco por adopción no se construye de manera artificial el vínculo?

18 El estudio elaborado por Jociles y Villaamil analiza las reconfiguraciones creadas a partir de estructuras familiares post divorcio y cómo estas pueden servir como escenario útil para comprobar cómo la paternidad y la maternidad puede reencarnarse en sujetos parentales nuevos, que desarrollan funciones propias de los padres y crean redes de convivencia interfilial, interparental e interfiloparental, en FERNÁNDEZ-RASINES, P.: “Parentalidad: leyes, normas y prácticas parentales”, *Quaderns-e*, 2016, pp. 119-1234.

19 JOCILES RUBIO, M. I. y VILLAAMIL PÉREZ, F.: “Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas”, *Papers 90 UCM*, 2005, pp. 213-240.

20 HETHERINGTON, M. y STANLEY-HAGAN, M.: “Diversity among stepfamilies”, en DEMO, D., ALLEN, K. y FINE, M.: “Handbook of family diversity”, *Oxford University Press*, 2000, pp. 173-196.

diversidad las familias recompuestas, siendo relevante al respecto la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en cuyo art. 2.1 se instituyó como novedad la consideración de familia numerosa a aquella formada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sin necesidad de que estos fueran o no comunes. Igualmente destacable por su importancia la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor y conformó los cimientos sobre los que se han construido los actuales derechos de la infancia y la protección de su interés superior.

Para completar el marco de defensa de la institución familiar, hemos de tener en consideración los textos internacionales que vinculan a nuestro país, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948²¹, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²², la Carta de Derechos Humanos Fundamentales del año 2000²³ o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴.

Sin embargo, la situación concreta de los padres sociales en los supuestos de disolución por ruptura de la pareja en las familias recompuestas es, en la actualidad, bastante confusa. La evolución experimentada en las últimas décadas por la sociedad en lo que a los modelos de familia se refiere no ha transcurrido a la par que el marco normativo que regula la materia, por lo que en la actualidad nos encontramos ante un escenario prácticamente vacío de contenido, a lo que se añade la dificultad de encajarlo dentro de las instituciones jurídicas clásicas. Tengamos en cuenta que uno de los miembros de la pareja ha convivido con menores que no son sus hijos biológicos, ejerciendo activamente funciones parentales y contribuyendo a su crianza y desarrollo. ¿Qué vías existen para la continuidad de la relación con un hijo que no es suyo en caso de la ruptura de pareja, más allá de la vía del allegado recogida en el art. 160.2 del Código Civil²⁵?

21 El art. 16 establece el derecho de hombres y mujeres de casarse y fundar una familia, como elemento básico, natural y fundamental de la sociedad. Además, el art. 25 recoge el derecho de los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, de ser protegidos socialmente.

22 En su art. 8 se proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

23 Los arts. 7 y 9 recogen el respeto a la vida privada familiar y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Estos derechos fueron ampliados para incluir a las familias "reconstruidas o atípicas" en la STJUE 2004/269, de 30 de septiembre de 2004, sobre el asunto C-275/02.

24 El art. 10, en el mismo sentido que el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anteriormente referenciado.

25 El art. 160.2 CC recoge la posibilidad que se establezcan medidas entre los menores y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, favoreciendo así el mantenimiento de las relaciones familiares independientemente de la ruptura de los progenitores.

2. La vía ordinaria.

Dentro de lo que denominamos “vía ordinaria” incluimos aquellos procedimientos de nulidad, separación o divorcio²⁶ sustanciados a través de un proceso jurisdiccional y tramitados bien por la vía contenciosa, bien por la del mutuo acuerdo (en caso de no existir controversia entre las partes), y dirigidos a fijar las medidas que regirán las relaciones con posterioridad a la ruptura de pareja. ¿Es la vía ordinaria aplicable al caso que planteamos?

A) Medidas provisionales.

El Capítulo X del Código Civil, que regula las medidas provisionales para los casos de nulidad, separación o divorcio, recoge la posibilidad de que el Juez encomiende a otras personas que no sean los progenitores el cuidado de los menores. Concretamente, el párrafo segundo del art. 103.1º dispone:

“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes:

I. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos... Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren... confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez’.

Por su parte, las disposiciones generales previstas en el apartado sexto del art. 158 del Código Civil, que han de interpretarse conjuntamente y en consonancia con el artículo anterior, fijan la posible “suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado... a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Las anteriores vías prevén, como decíamos, la eventual atribución de la guarda y custodia de los menores a un tercero y la suspensión cautelar a quien la tenga atribuida, aunque resulta indiscutible el carácter excepcional de esta medida, tal y como determina la literalidad del propio precepto. En su interpretación, la excepcionalidad se traduce en la necesaria concurrencia de una serie de circunstancias especialmente graves que desaconsejen la atribución de la tutela a los padres, a pesar de que estas medidas excedan, en muchos casos, de las relaciones puramente paterno filiales. Entre estas circunstancias, en la práctica suele resultar

26 Por analogía, incluimos también los procedimientos de medidas paterno filiales para regular las obligaciones y derechos que recaen sobre los hijos en caso de que no exista vínculo matrimonial entre la pareja (arts. 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

determinante para el juzgador que el tercero que solicita la atribución de la guarda y custodia ya haya ejercido de guardador de hecho del menor, “supliendo con su cuidado el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección respecto de la guarda del niño”²⁷. No olvidemos tampoco que nos encontramos ante medidas provisionales, por lo que este régimen tendrá siempre un carácter intermedio o temporal, en tanto en cuanto no existan otras medidas, y mientras duren las circunstancias tenidas en cuenta para su atribución.

En definitiva, por el interés público que informa estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, resulta posible encomendar a los menores a quien no es padre biológico pero ha ejercido sus funciones de hecho, por la vía del art. 103.1º párrafo segundo y 158²⁸ del Código Civil, en consonancia con el 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁹. Si bien estas medidas tendrán siempre el carácter de excepcional, y deberán concurrir una serie de circunstancias previas de suficiente entidad como para desaconsejar la atribución de la guarda al padre biológico.

B) Medidas definitivas.

El capítulo IX del Código Civil regula los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio, incluyendo las medidas definitivas que será aplicables para regular la nueva situación post ruptura.

No obstante, en ninguno de los artículos que conforman este capítulo encontramos disposición alguna acerca de la posibilidad de atribuir a un tercero distinto de los progenitores funciones tutelares respecto de los menores, a diferencia de lo que ocurre en las medidas provisionales. Más concretamente, la medida del párrafo segundo del art. 103.1º del Código Civil no está contemplada dentro de las del art. 92. Y, en consecuencia y al menos de manera aparente, no es posible atribuir por esta vía la custodia al que no es padre biológico, a pesar de que haya ejercido sus funciones.

Sin embargo, la falta de previsión legal para la atribución de la tutela a un pariente como medida definitiva no ha sido óbice para que nuestros Tribunales, en

27 En este sentido, la STS 27 octubre 2014 (EDJ 2014/188239) establece como doctrina: “cuando un guardador de hecho preste a un menor la asistencia necesaria, supliendo al incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas, interpretadas al amparo del interés superior del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su especial protección”.

28 Las medidas contenidas en el art. 158 del Código Civil podrán ser dictadas de oficio por el Juez, o bien solicitadas a instancias del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Por tanto, una interpretación restrictiva de este artículo no incluiría al padre social como sujeto legitimado activamente para instar esta solicitud al carecer de parentesco.

29 El art. 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor regula los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, destacando entre estos la supremacía de su interés superior, el mantenimiento en su familia de origen y su integración familiar y social.

determinados supuestos, hayan considerado oportuno interpretar ampliamente el art. 92 del Código Civil para atender debidamente a la protección de interés del menor:

Esto precisamente es lo que determinó nuestro Alto Tribunal en la STS 14 septiembre 2018³⁰, que otorgó la guarda y custodia de una menor a su tía paterna por ser quien de hecho y de manera continuada la venía ostentando desde el fallecimiento de la madre. En el procedimiento, la tía paterna de la menor solicitó la guarda y custodia de su sobrina bajo el argumento de ser ella quien se había hecho cargo de la niña desde que la madre cayó enferma, prolongándose esta situación durante bastante tiempo, y alegando además que el padre se había desentendido de la niña. El demandando, por su parte, como padre biológico de la menor, se opuso a la demanda, negando los anteriores extremos y aseverando que su hermana le había impedido ver a su hija durante meses.

En primera instancia, el Juzgado atribuyó la guarda y custodia a la tía por ser quien había ostentado una guarda de hecho prolongada³¹, y todo ello a pesar de no ostentar la patria potestad. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y atribuyó de manera definitiva la guarda y custodia al padre, concediendo a la tía, como pariente cercano, un régimen de visitas transitorio hasta la consolidación de la menor en el hogar paterno. Por su parte, el Tribunal consideró necesario “efectuar una interpretación conjunta y armónica” de las normas que rigen las relaciones de familia. En este sentido, analizó en primer término la compatibilidad de las circunstancias del caso con el desarrollo integral de la menor, y la incidencia que podría tener la atribución de la guarda y custodia al padre biológico en la vida de la niña, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con la tía paterna. En segundo lugar, determinó que las medidas a adoptar debían abordarse “desde la situación actual de la tía como guardadora de hecho y del interés de la menor, y no desde la condición de padre biológico titular de la patria potestad”, y todo ello para evitar dañar a la niña. Y todo ello a pesar de que “esta medida no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 del Código Civil con carácter definitivo en los procesos matrimoniales”.

Por tanto, como argumenta la Sala, no se debe plantear ningún problema en que se instaure este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de la niña, aplicando en sentido amplio el citado art. 92, y sin perjuicio de que la medida acordada pueda ser revisada en un futuro.

30 STS 14 septiembre 2018 (EDJ 2018/564723)

31 Como hemos referido en el apartado anterior, la práctica seguida en las relaciones con los menores, siempre y cuando esta haya sido positiva y de evolución favorable, es tenida en cuenta por el juzgador a la hora de fijar las medidas, sean estas de carácter provisional o definitivo.

Tampoco ha sido inconveniente para los Tribunales ir un paso más allá y otorgar la guarda y custodia a un padrastro de su hijastra, hermana de los dos hijos comunes de éste con su madre, por la misma vía de interpretación del art. 92, en relación con el 103.1º párrafo segundo.

La problemática planteada en este caso coincide plenamente con el supuesto de hecho que venimos planteando a lo largo del presente trabajo. Tal y como refiere la resolución, el demandante solicitó la custodia de una hija común y de una segunda que, a pesar de no ser su hija biológica, siempre la había cuidado como tal, ejerciendo con ella las labores propias de un padre y de manera indistinta respecto de su hija biológica, y considerando a ambas hermanas de doble vínculo, pese a que la realidad genética era otra bien distinta. En primera instancia, el Juzgado dio la razón al padre social, justificándolo, respecto de la hija que carecía de vínculo biológico, en razón a “las especiales relaciones que ha tenido con este y por ser hermana de los dos hijos comunes de este con su madre...”. Dicha atribución se efectuó, como indicábamos, al amparo de lo dispuesto en los ya citados arts. 92, 103.1º párrafo segundo y 158 del Código Civil, así como del art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la resolución del Juzgado, atribuyendo la guarda y custodia a la madre biológica y sin señalar, ni tan siquiera, un régimen de visitas en favor del padre social. Consideró la Sala que otorgar unos derechos sobre una menor a un tercero que carece de vínculo biológico era alargar o demorar una situación de hecho basada en el desconocimiento de la niña de su verdad biológica.

Finalmente, una vez recurrida la resolución en vía casacional, nuestro Alto Tribunal decidió, en base al interés superior real de la menor, conceder la guarda y custodia de las menores, incluida la niña con la que carecía de vínculo biológico, al padre. El argumento que favoreció tal decisión, alejado del estricto cauce normativo vigente, no fue otro que “la evidencia de la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos”. Predominó, por tanto, el vínculo afectivo por encima del biológico, al considerar la Sala que, en la adopción de las medidas paterno filiales derivadas de una ruptura de pareja, se han de valorar los hechos desde la realidad de la vida familiar, siendo el eje central para la adopción de tales medidas el propio interés de los niños, su situación afectiva y el beneficio y protección de los menores y de los intereses en juego.

A pesar de todo, y conforme recoge la propia resolución, pese a que ningún problema se ha planteado al interpretar de manera amplia el art. 92, todo apunta a que, con carácter ordinario y siempre que las circunstancias no lo desaconsejen, será preferible otorgar la guarda y custodia a los progenitores biológicos sobre aquellos que carezcan de vínculo de sangre. Tan sólo de manera extraordinaria

y con carácter intermedio, una vez ponderadas debidamente las circunstancias concurrentes en cada caso y en defecto de los anteriores, podrá romperse con la regla general e instaurar un régimen de guarda con funciones tutelares al padre social.

3. La vía de urgencia: el art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Hemos analizado ya el deficiente marco normativo de que disponen hasta el momento los padres sociales para el mantenimiento de las relaciones con los hijos de sus parejas en los casos de ruptura. Nos centraremos ahora en valorar la viabilidad del art. 87 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), para la adopción de medidas en su favor.

El citado art. 87 LJV recoge la posibilidad de adoptar determinadas medidas de protección en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores... en los casos a que se refiere, entre otros, el art. 158 del Código Civil. Por su parte y para lo que aquí interesa, el apartado 6º del art. 158 refiere:

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal³², dictará... la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Del tenor de los anteriores preceptos podemos extraer los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar la viabilidad del presente cauce.

A) El carácter accesorio del expediente de jurisdicción voluntaria.

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del art. 1 de la LJV, los expedientes de jurisdicción voluntaria serán todos aquellos que “requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”. En consonancia con dicho artículo, el 6.2 LJV es clarísimo al establecer que no se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional, toda vez que es un expediente

32 En consonancia con este punto, el apartado 3 del citado art. 87 LJV también recoge la legitimación activa para la adopción de las medidas de protección del propio menor, de cualquier pariente, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Juez.

de carácter vicario, accesorio del procedimiento principal contencioso (AAP León 7 julio 2020³³).

Para lo que aquí respecta, en caso de que el interesado en el establecimiento de las medidas decida recurrir al art. 87 LJV, se habrá de asegurar previamente de que no existe un procedimiento jurisdiccional en curso que verse sobre el mismo objeto, en cuyo caso la petición de inicio del procedimiento de jurisdicción voluntaria no será admitida a trámite, o dará lugar a su archivo en cuanto se tenga conocimiento de la existencia del primero, ya que ambos procedimientos no pueden concurrir. Lo que se trata de evitar es el efecto de cosa juzgada, es decir, que puedan existir sentencias contradictorias sobre el mismo objeto procesal, por lo que se excluye la existencia de un ulterior proceso con idéntico objeto a un proceso ya iniciado.

Es el caso del AAP Toledo 5 julio 2017³⁴, que resolvió desfavorablemente un recurso de apelación contra un Auto del Juzgado de Instancia que estimó en un expediente de jurisdicción voluntaria relativo a medidas de protección al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda del art. 87 LJV, la excepción de litispendencia³⁵ porque ante el mismo juzgado y entre las mismas partes pendía un procedimiento de modificación de medidas en el que se ejercitaba idéntica pretensión. Según recoge la Sala, “siendo indiscutible que se incoa un procedimiento de modificación de medidas que se sigue en el mismo juzgado y posteriormente este que nos ocupa, con el mismo objeto de suspender al padre el derecho de visitas respecto a su hija, es claro que la petición de inicio de este procedimiento de jurisdicción voluntaria ni siquiera debió ser admitida a trámite, por lo que procede el archivo de este último”.

B) La necesaria existencia de medidas provisionales o definitivas previas.

El art. 87 recoge en su apartado primero, como hemos visto anteriormente, que su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellos casos en que se requiera adoptar medidas de protección en relación al “ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores”. Por su parte, el apartado sexto del 158 CC habla de “suspensión cautelar en el ejercicio”.

De la literalidad de los anteriores preceptos se extraen dos conclusiones: la primera de ellas, la necesaria existencia de una serie de medidas previas sobre un

33 AAP León 7 julio 2020 (EDJ 2020/636139).

34 AAP Toledo 5 julio 2017 (EDJ 2017/199168).

35 Para que pueda entenderse que concurre litispendencia ha de existir identidad subjetiva (identidad de partes), identidad objetiva (identidad del objeto del proceso) y la pendencia de auténticos procesos.

menor en favor de un sujeto determinado³⁶; y la segunda, el ejercicio inadecuado de tales medidas por el sujeto que ostenta dichas facultades, siendo este punto una suerte de “cajón de sastre” donde cualquier actuación que pueda tener la consideración de “inadecuada” respecto de lo que se espera del “buen padre de familia” podría constituir la base de la acción.

C) El carácter de urgencia.

El expediente de jurisdicción voluntaria del art. 87 tiene carácter de urgencia, y se ha de instar con el objetivo de “apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”. Nos encontramos, por tanto, ante un procedimiento que pretende la adopción de medidas urgentes que modificarían las establecidas en sentencia firme dictada en un procedimiento anterior, y que se basa en la necesidad de suspender las medidas ya establecidas a fin de apartar al niño de un peligro inminente, para lo que se habrá de acreditar una causa grave que lo justifique.

En el caso de la SAP Guadalajara 28 julio 2017³⁷, la madre de la menor promovió este procedimiento de jurisdicción voluntaria por sospecha de abusos sexuales y maltrato por parte del padre hacia la menor, solicitando la suspensión del régimen de visitas y la valoración de la niña por el servicio de psiquiatría o psicología del hospital. Por su parte, la SAP Madrid 26 febrero 2021³⁸ resolvió acerca de la modificación del régimen de custodia de un menor instada por su padre, a consecuencia de la existencia debidamente acreditada de episodios de intoxicación etílica de la madre de tal gravedad que había dejado de recoger al menor en el colegio.

D) Los sujetos legitimados activamente para instar el expediente de jurisdicción voluntaria.

Tanto el art. 87 LJV como el 158 CC establecen que las medidas se adoptarán de oficio por el Juez, o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal³⁹. Consecuentemente, la norma parece no legitimar al padre social para instar por sí mismo el presente expediente, habida cuenta de que no concurre relación de parentesco entre este y el menor; debiendo limitarse, quizá, a poner en conocimiento del Juzgado o del Ministerio Fiscal las circunstancias concurrentes para que fueran estos quienes ejercitaran la acción. Sin embargo,

36 Nada se dice del carácter que han de tener tales medidas por lo que entendemos que las mismas podrían, consecuentemente, tener carácter provisional, definitivo, o bien que su ejercicio se esté desarrollando de hecho, sin que exista una resolución de derecho que las ampare.

37 SAP Guadalajara 28 julio 2017 (EDJ 2017/229942).

38 SAP Madrid 26 febrero 2021 (EDJ 2021/563072).

39 A lo que el art. 87 LJV añade la posibilidad de adopción por cualquier interesado cuando se soliciten respecto de una persona con discapacidad.

se nos plantea seriamente la posibilidad de interpretar ampliamente la norma, por analogía con lo que ocurre con el art. 92 CC respecto del 103.1º. ¿Podríamos otorgar así, por analogía, legitimación activa al padre social para la iniciación del presente procedimiento?

IV. CONCLUSIONES.

Resulta innegable que nuestra sociedad avanza a pasos agigantados, y que las familias presentan formas y estructuras cada vez más amplias, alejadas de los modelos tradicionales. Lo que hasta hace unos años eran excepciones, a día de hoy son realidades. Y es que cada vez son más los niños que se crían con adultos que no son sus padres, a quienes les une un vínculo construido sobre el afecto que sustituye en muchos casos al de la sangre.

Sin embargo, la evolución que ha experimentado la sociedad en lo que a la institución familiar se refiere no ha ido en consonancia con el marco legal que la regula. La situación jurídica de estos padres sociales se encuentra, a día de hoy, vacía de contenido, y pese a que los Tribunales abogan por interpretar ampliamente la normativa que regula las situaciones de crisis familiar, en la práctica se plantean multitud de situaciones en las que resulta bastante complicado encontrar una respuesta adecuada.

A lo largo del presente trabajo, hemos analizado las vías procedimentales de los arts. 92 y 103.1º CC para la adopción de medidas para los padres sociales respecto de los menores con quienes conviven concluyendo que, en tanto en cuanto no resulte conveniente el establecimiento de las mismas en favor de los padres biológicos, su concesión sí que resulta posible. Si bien, en la práctica, los Tribunales parecen valorar positivamente un ejercicio “de hecho” previo por parte del padre social, requiriendo asimismo que las excepcionales circunstancias que concurren en el caso sean determinantes para justificar la adopción de la medida con el único objetivo de proteger el interés superior del menor.

En el análisis expuesto, también hemos valorado la posibilidad de utilizar la vía del art. 87 de la LJV como alternativa al anterior marco teórico. Desde nuestra perspectiva, consideramos factible seguir la estrategia del expediente de jurisdicción voluntaria siempre y cuando haya certeza de que no existe un procedimiento jurisdiccional en curso, en primer término, por el carácter accesorio de este tipo de expediente. En segundo lugar, que la construcción de la solicitud se cimiente sobre la urgencia de la adopción de tales medidas para la salvaguarda del interés superior del menor, ya que parece requisito ineludible según los enunciados de los artículos referidos en el apartado anterior. Conjuntamente, nos parece que, a pesar de que la figura del padre social trasciende de los límites establecidos en lo que a la legitimación activa se refiere, una interpretación amplia del citado

precepto debería permitir el ejercicio de la acción al tercero, dando cuenta de que la protección del menor debe prevalecer sobre el excesivo formalismo en que incurre muchas veces nuestro Ordenamiento Jurídico.

Por último, y tras una revisión exhaustiva de la normativa vigente en materia de familia, conviene reflexionar acerca del enorme desafío que supone para el Derecho de Familia estos cambios sociales, pero también para la sociedad en su conjunto que, a través de sus prácticas, está creando otra forma de emparentarse. La construcción de un nuevo parentesco experimentada en los últimos tiempos, el parentesco social, está transformando la institución hegemónica y solidificando la idea de que, para el individuo, es tan importante “el ser” como “el hacerse”. Que el apego puede ser tan pesado, o más, que la sangre y que, en nuestra sociedad actual, plural y diversa, la familia también se elige. Y traducir jurídicamente la realidad social y reconocer y regular debidamente la figura de los padres sociales y del parentesco social en su conjunto es, a día de hoy, una tarea tan necesaria como pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO ÁLVAREZ, T.: "Parentalidades en familias diversas", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 148, 2015.

FERNÁNDEZ-RASINES, P.: "Parentalidad: leyes, normas y prácticas parentales", *Quaderns-e*, 2016.

GÓMEZ GARCÍA, P.: "Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica", *Gazeta de Antropología*, núm. 28º, artículo 8, 2012.

HETHERINGTON, M. y STANLEY-HAGAN, M.: "Diversity among stepfamilies", en DEMO, D., ALLEN, K. y FINE, M.: "Handbook of family diversity", *Oxford University Press*, 2000.

JOCILES RUBIO, M. I. y VILLAAMIL PÉREZ, F.:

- "Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante", *Ankulegi*, núm. 20, 2016.
- "Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2008.
- "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas", *Anthropologica*, núm. 26, 2008.

REBOURG, M.: "Les familles recomposées: la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune", *Actualite juridique famille*, 2007.

REHER, D.: "El cambio familiar en España en el marco de la evolución histórica", *Arbor*, 2004.

RIVAS RIVAS, A. M.:

- "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 1, 2008.
- "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009.

TAMAYO HAYA, S.: “La reconstrucción de nuevas familias y la ausencia de reconocimiento legal”, en AA.VV.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2009.

