

Familias Recompuestas y Padres Nuevos*

Gilda Ferrando**

“La autora, no otorga una explicación detallada de las respuestas del ordenamiento italiano frente a las nuevas relaciones familiares surgidas con motivo de las transformaciones en la familia contemporánea, las cuales representan un desafío a las concepciones planteadas inicialmente por el legislador. De esta manera, plantea un acercamiento crítico a su tratamiento jurídico y aplicación en el Derecho Italiano.”

1. Transformaciones Familiares y Problemas Pendientes de Solución

Las profundas transformaciones de la familia contemporánea han sido suscitadas por distintas razones, algunas de carácter socioeconómico (la avanzada industrialización, la civilización urbana, la masiva inserción de las mujeres en el mercado de trabajo) o cultural (el declive de los valores religiosos tradicionales, la coexistencia entre culturas diversas, la preeminencia de ideales de libertad y autonomía individual, en desmedro de la solidaridad de grupo, la afirmación del ideal del amor romántico)¹.

El matrimonio “por amor” ha pasado a ocupar el lugar del matrimonio decidido por las familias, en el cual se atendía a razones de conveniencia social y económica. No hay matrimonio más frágil que aquel que se funda en los sentimientos, en la pasión amorosa. La unión corre el riesgo de perder su razón de ser cuando los sentimientos vienen a menos. En el eterno conflicto entre libertad y solidaridad, la primera lleva las de ganar. Se tiende a privilegiar las necesidades de autoafirmación del individuo respecto de las necesidades de raigambre familiar.

Con el trabajo remunerado, por otro lado, las mujeres se han librado de la necesidad de casarse para sobrevivir:

el trabajo les atribuye una identidad propia, que ya no tiene que ver con el papel de mujer y de madre, como sí ocurría en el pasado.

Los matrimonios son menos y también más tardíos. Aumentan las relaciones de convivencia, las separaciones y los divorcios. Se instauran nuevas convivencias y matrimonios.

Las familias recompuestas presentan elementos de gran novedad en el panorama familiar. Estas familias representan un desafío a los modelos sociales y culturales del matrimonio y de la familia tradicional. Con ellas entra en crisis el ideal monogámico, propio de nuestra tradición, así como el ideal de la perennidad y exclusividad de las relaciones con los progenitores. Nos hacen enfrentar la “posibilidad de abrir el sistema a nuevas figuras que no rivalizan con los progenitores ni los sustituyen, pero que se podrían incorporar a las relaciones genealógicas de filiación”². Nos obligan a constatar que ya no existe una noción única de familia, sino que ésta se presenta, cada vez más, en términos de historicidad, de relatividad³. Y aportan un elemento adicional (que se suma a otros, como la familia de hecho, la procreación médicamente asistida, las familias multiculturales) en confirmación del hecho de que una noción unitaria no guarda sintonía con una realidad extremadamente variadas⁴, marcada por la

* Ponencia presentada al Congreso Académico “Trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia: bilanci e prospettive”, celebrado en Catania, del 25 al 27 de mayo de 2006.

Traducción, autorizada por la autora, de Leysser L. León. Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore S. Anna di Pisa (Italia). Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado del Estudio Ferrero Abogados.

** Profesora ordinaria de Derecho Privado en la Facultad de Economía de la Universidad de Génova. Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Mediterráneo para la Infancia, Medcil Institute, promovido por la Fundación Gaslini.

1 Véase: ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2002, p. 11

2 THERY, *Le costellazioni familiari ricomposte: una questione sociale e culturale*, en S. MAZZONI (ed.), *Le nuove costellazioni familiari*, Milán, 2002, p. 30.

3 P. RESCIGNO, *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, en S. MAZZONI (ed.), *Le nuove costellazioni familiari*, cit., p. 69 ss.

4 RESCIGNO, *op. cit.*, p. 73

presencia simultánea de una pluralidad de “familias”, las cuales demandan respeto, y reclaman la elaboración de nuevas reglas.

El derecho no puede ignorar que distintas figuras de “padres” pueden coexistir, aunque sin pretender cumplir, necesariamente, un papel exclusivo⁵.

También en Italia, donde la persistencia de los valores tradicionales atenúa la intensidad de fenómenos que son mucho más frecuentes en otros países, las separaciones y divorcios mantienen un alto ritmo de crecimiento, a tal punto que ya no son noticia las segundas nupcias, ni las nuevas relaciones de convivencia de los divorciados.

El segundo matrimonio (que, en la familia tradicional, era el del viudo y de la viuda) ha pasado a ser, las más de las veces, el de quienes han vivido una experiencia familiar fallida. Muy comúnmente, no se trata de un nuevo matrimonio, sino de una relación de convivencia. Las segundas relaciones, sin embargo, se suelen revelar mucho más frágiles que las precedentes. En dicho caso, bien puede ocurrir que se produzca una tercera relación, y luego otra. El esquema se vuelve más complejo si se presta atención a que cada uno de los miembros de la primera pareja puede tener nuevas experiencias, y que de algunas de éstas pueden haber nacido hijos.

Las familias se multiplican y asumen una complejidad creciente. En la experiencia italiana, este fenómeno ha adquirido una notable relevancia hoy en día. En estudios sociológicos que datan del período 1994-95 se hablaba de unas 600.000 parejas⁶. De tales estudios se extraen datos interesantes: entre los italianos, son los hombres los que se vuelven a casar en mayor porcentaje; mientras tanto, la mayoría de las mujeres optan por la convivencia. En Italia, estas nuevas familias no son poco numerosas, pero sí menos complejas que en otros países. Alrededor del 50% de los que se divorcian no tienen hijos. El período del divorcio hace aumentar la edad para las nuevas nupcias, y ello, por lo menos para las mujeres, hace menos probable tener hijos. Y si se considera que los hijos son confiados, principalmente, a las madres, y que éstas, en porcentaje mayor al de los hombres, tienden a no formalizar su segunda unión, se deduce un dato ulterior y muy significativo: la segunda familia en la que crecen los hijos es, a menudo, una familia de hecho.

Estas nuevas familias muestran un aspecto que las diferencia claramente de las familias de la tradición. Cuando el viudo o la viuda se vuelven a casar, el segundo cónyuge reemplaza al desaparecido, incluso en las relaciones con los hijos. En cambio, en las nuevas familias, la nueva pareja se suma al progenitor o progenitora, y crea una ligazón nueva, la cual se extiende, a veces, a las redes parentales. La convivencia con la pareja de

quien ya es padre o madre influye, inevitablemente, en la formación del hijo, y determina comúnmente una confusión de papeles que los psicólogos (como se ha puesto de manifiesto en las ponencias presentadas al presente Congreso) deben contribuir a aclarar, aunque sea inútil pretender uno de tales papeles en ventaja del otro.

Frente a un fenómeno de tan vastas dimensiones, hay que admitir que todavía no contamos con los instrumentos necesarios para hacerle frente. Para comenzar, no tenemos ni siquiera recursos lingüísticos. Solamente en los cuentos de hadas se habla de “padrastrós” y “madrastras”. Los “hermanastros” han sido cancelados de los registros personales, conforme a una resolución ministerial de 1996. Si tal es el panorama, nos hallamos al borde de la tentación (muy italiana) de tomar prestadas algunas expresiones extranjeras: *stepfamilies*, *blended family*, *step-parent*. Menos frecuente es el uso de *famille éclatée*, *beau père*, *belle mères*, todas expresiones provenientes del francés.

En la lengua italiana se alternan las expresiones “*seconda famiglia*”, “*famiglia rinnovata*”, “*famiglia ricomposta*”, “*ricostituita*”, “*aperta*”. Las distintas opciones terminológicas suelen reflejar un distinto punto de vista del problema, el cual puede concentrarse sobre el nuevo núcleo (en cuyo caso se habla de “*famiglia ricostituita*”, de “familia que se reconstruye”), o comprender a la vez núcleos que definen una ligazón para compartir las tareas (en cuyo caso se habla de “*famiglia ricomposta*”, de “familia que se recompone”) ⁷. Así se terminan conformando aquello que, con feliz imagen, se ha descrito como las nuevas “constelaciones” familiares⁸.

En Italia ni siquiera disponemos de los instrumentos culturales para comprender las nuevas familias. Hacen falta reglas sociales a las cuales hacer referencia: reglas de conducta comúnmente aceptadas, que definan los papeles de los protagonistas.

No es de sorprender, por lo tanto, que el derecho también haya guardado silencio frente a estos nuevos núcleos familiares que se constituyen como consecuencia de las relaciones precedentes.

En efecto, cuando el legislador italiano se decidió a superar el dogma de la imposibilidad de disolver el matrimonio, a fin de introducir el divorcio, lo hizo con la ilusoria convicción de que así se podía borrar el pasado, y volver a los ex-cónyuges libres como al comienzo. Pero ello era imposible. Ya en aquel entonces, la doctrina más aguda hizo notar que la disolubilidad de la relación personal iba acompañada, en lo que tocante a nuestra experiencia, con una suerte de “indisolubilidad” de las relaciones patrimoniales. Con las reformas posteriores, este último fenómeno no se ha atenuado, sino acentuado, inclusive.

5 THERY, *op. cit.*, p. 13 ss.

6 *Ibid.*, p. 72 ss.

7 MALAGODI TOGLIATTI, *Le famiglie ricostituite nelle separazioni giudiziali: il ruolo del ctu*, in BIANCA, MALAGODI TOGLIATTI, MICCI (editores), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, Milán, 2005, p. 81.

8 S. MAZZONI (editor), *Le nuove costellazioni familiari*, cit.

Posteriormente, con la afirmación en los modelos culturales y jurídicos de una familia “puerocéntrica”, es decir, de una familia cuyo centro de gravedad está representado por el interés del niño, el legislador se ha orientado a afirmar de manera inequívoca –tal es el sentido de la reciente Ley N.º. 54 de 2006– que la crisis de la pareja no puede afectar la relación entre padres e hijos, que es indisoluble y está destinado a perdurar por siempre.

Por lo tanto, los ex-cónyuges pueden sentirse aliviados luego del divorcio, pero sólo en particulares coyunturas (los casos de parejas jóvenes, sin hijos, económicamente autosuficientes) el divorcio marca un rompimiento total con el pasado. Las más de las veces, el nuevo enlace se suma a los precedentes, sin cancelarlos, y por dicha razón debe armonizar con ellos.

“(...) la crisis de la pareja no puede afectar la relación entre padres e hijos, que es indiscutible y está destinada a perdurar por siempre (...)”

Cada vez con mayor frecuencia se advierte la exigencia de encontrar reglas para organizar las relaciones entre los componentes de las distintas uniones. Si en un primer momento la atención se focalizaba en los segundos matrimonios en los cuales había hijos de uno de ambos integrantes de la pareja, la mirada se ha desplazado poco a poco a comprender también las uniones no conyugales y, al final, también aquellas privadas de hijos.

Los problemas que se presentan son múltiples, en el orden patrimonial y personal.

En el primer aspecto, la interrogante principal tiene que ver con las eventuales modificaciones que se determinan en el contenido de los deberes patrimoniales definidos en el marco de la separación y divorcio como consecuencia de la constitución de nuevas uniones por parte de los ex-cónyuges.

Sería un error no dar a este tema la dimensión que merece, tomando en cuenta que en el campo de las separaciones los mayores conflictos se presentan, justamente, en torno de las cuestiones de orden patrimonial. No es casual que este sea el terreno donde otras experiencias se desenvuelven con mayor seguridad y celeridad. Pienso, en primer lugar, en la experiencia alemana –de la que nos hablaba ayer Salvatore Patti– donde el BGB ya contempla reglas de solución de los conflictos existentes entre las distintas obligaciones alimentarias; reglas que, dicho sea de paso, están a punto de ser modificadas, a través de una reforma que se encuentra bastante avanzada⁹.

El debate gira, principalmente, en torno de dos órdenes de problemas: las condiciones sobre cuya base el cónyuge divorciado tiene derecho a una manutención económica, y el orden de grado de las pretensiones de los distintos derechohabientes.

En cuanto a lo primero, se tiende a acentuar la obligación del cónyuge divorciado de satisfacer de forma autónoma sus propias exigencias desarrollando una actividad laboral. Al mismo tiempo, se tiende a quitar el carácter excepcional a la fijación de un plazo de duración de la pensión de manutención.

En cuanto a lo segundo, cuando el patrimonio del obligado no basta para hacer frente a todas las pretensiones se prevé un nuevo orden de grado entre los derechohabientes. Este tema es de relevancia prioritaria si se tiene en cuenta que siempre se tiene que satisfacer completamente la pretensión de quien ocupa un grado precedente, y sólo con posterioridad, si ello fuera posible, la pretensión de quien ocupa un grado sucesivo.

En la actualidad, entre el cónyuge divorciado y el nuevo cónyuge se prefiere al ex-cónyuge, especialmente si éste se encarga de velar por los hijos, o si el matrimonio ha tenido larga duración. Su grado es equiparado al de los hijos.

Con la reforma, en cambio, se coloca en primer lugar a los hijos menores de edad; en segundo lugar, a todos aquellos progenitores (incluso a la madre de un hijo extramatrimonial) que presten asistencia a los hijos. Una mujer divorciada que no se encargue de los hijos mantiene su ubicación en el segundo grado únicamente si el matrimonio ha tenido una duración larga; de lo contrario, pasa a ocupar el tercer grado. En cuarto lugar, se ubican los hijos mayores de edad, y así por el estilo.

Esta revolucionaria reforma ha sido muy criticada, porque parece pasar de un extremo a otro. La ley alemana, en todo caso, tiene el mérito de plantear el problema y formular reglas precisas en una materia que, entre nosotros, en lo más sustancial, se deja a la plena discrecionalidad de los jueces.

En el orden de los valores, sin embargo, los intereses de los hijos ocupan el primer plano, y es sobre este tema que conviene desarrollar la reflexión.

2. Cuestiones de Política del Derecho

En el sistema constitucional italiano, los derechos de las personas también son reconocidos en el plano de las conformaciones sociales en cuyo ámbito desarrollen su personalidad y desplieguen vínculos de solidaridad. El tema de la familia que se recompone remite al tema, más general, de las relaciones entre familia e instituciones, de protección de los particulares al interior de las conformaciones sociales. La familia,

9 Para algunas referencias, véase: D. SCHWAB, *La libertà contrattuale in caso di convenzioni matrimoniali e di accordi di divorzio nella recente giurisprudenza tedesca*, en S. PATTI (editor), *Annuario di diritto tedesco 2003*, Milán, 2005, pp. 25 ss.

“cualquiera que sea su composición”, pertenece al elenco de las conformaciones sociales que merecen particular consideración¹⁰. La propia familia de hecho pertenece a tal ámbito, y es en relación con este elemento que la doctrina y la jurisprudencia, a través de los años, han elaborado reglas para normar los aspectos más destacados. La referencia a la “convivencia”, que hoy aparece, de modo sistemático en las leyes recientes, como situación merecedora de tutela en el mismo nivel que el matrimonio. Ello testimonia que el vivir juntos, como forma de expresión de la personalidad, es una circunstancia de la cual el derecho no puede prescindir si es que pretende proteger los derechos individuales.

La personalidad, no sólo la de los menores de edad, se forma en relaciones ricas de significado. El derecho no puede ignorar estas relaciones si pretende garantizar de verdad los derechos de la persona, su vida privada y familiar. No importa que se trate de relaciones formalizadas en vínculos jurídicos, o basadas en relaciones de hecho.

El propio legislador es consciente de lo que exponemos, pues ha introducido formas de tutela contra los abusos familiares: no distingue entre conviviente o cónyuge. Cuando la relación es dañosa para el crecimiento del hijo, el juez puede ordenar el alejamiento del compañero violento; también puede obligarlo a pagar una pensión de manutención que libre a la familia de la necesidad, sin prestar atención al hecho de que subsistan deberes legales o espontáneamente asumidos.

Por el momento, es sólo la exigencia de reaccionar a una situación de violencia o de abuso la que induce al legislador a prever formas de protección. Más allá de esta situación extrema, la ley (la italiana, por lo menos) se detiene.

Tal vez nos encontramos ante una actitud prudente. La variedad de las situaciones que se determinan al interior de las nuevas familias puede sugerir esta cautela. Frente a situaciones óptimas en las cuales la relación con el nuevo progenitor y, eventualmente, con la familia de éste, es vivida por el hijo como enriquecimiento de su propia experiencia vital, no faltan situaciones de contraste, y de contraste profundo inclusive. La nueva pareja puede ser vista por el hijo como un intruso o una intrusa, y puede ser vista por el otro progenitor como un usurpador o usurpadora. En estos casos, es común que la nueva unión no se sostenga y se termine disolviendo. La aceptación de la nueva pareja no siempre se logra, o no siempre es inmediata.

Si se analizan con fidelidad a la realidad estas nuevas familias, sin idealizarlas ni demonizarlas, lo primero que

debemos preguntarnos es cuál sería la aproximación que el derecho tiene que asumir frente a ellas.. ¿Es conveniente que el derecho defina una suerte de estatuto de la filiación social, que se una al estatuto de la filiación biológica? ¿Es conveniente que se proponga un modelo de pluripaternidad en el que se valoricen todas las relaciones de parentela que tienen (o han tenido) un papel significativo en la historia personal del niño¹¹? ¿No es que se debe limitar a favorecer, más bien, la colaboración entre progenitor y nueva pareja, incluso en las relaciones con los hijos?

¿Debe intervenir el legislador? ¿No es el juez quien puede adecuar a las nuevas situaciones familiares, de la forma más flexible, las reglas existentes?

¿Tiene el derecho que apuntar, de algún modo, a estabilizar o formalizar estas relaciones, o tiene, por el contrario, que respetar su fluidez y mutabilidad? ¿No es que se debe constatar que estas nuevas relaciones se construyen, no a partir de las coordenadas fuertes del poder, de la autoridad, del control, sino sobre aquellos mitos del respeto recíproco, de la asistencia mutua, del compromiso y de la responsabilidad¹²?

Desde este último punto de vista, el acuerdo parece ser el instrumento más adecuado, siempre que se involucre a todos los sujetos interesados –no sólo a los adultos, sino a los hijos mismos, por lo menos en la medida en que éstos tengan madurez suficiente como para expresarse– y que esté orientado a realizar el interés preeminente del niño¹³.

3. La Formalización de la Relación con el Progenitor Social: Instrumentos y Límites

La línea que acabamos de describir es la que viene imponiéndose en el derecho italiano actual. Pese a la inexistencia de reglas *ad hoc*, los instrumentos de los que hoy se dispone para formalizar la relación con el progenitor “social” tienen, a menudo, una base de tipo consensual.

Esto es válido, en principio, para la inserción del hijo natural en la familia legítima (art. 252 c.c.), que presupone el consentimiento del cónyuge y de los hijos legítimos mayores de dieciséis años, cuando el reconocimiento sea posterior al matrimonio; cuando el reconocimiento sea anterior al matrimonio, bastará el solo consentimiento del cónyuge. En el caso de un hijo que ya conviva con el progenitor al momento del matrimonio, el consentimiento del cónyuge no es requerido, ya que se encuentra implícito en la decisión de convivir con la familia del otro. De la misma forma, dicho consentimiento no es requerido para establecer la convivencia con hijos nacidos de matrimonios precedentes. Sin embargo, si los hijos no convivían

10 RESCIGNO, *Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito. Prospettive legislative*, en BIANCA, MALAGODI TOGLIATTI, MICCI (editores), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, cit., 24.

11 THÉRY, *op. cit.*

12 V. POCAR y RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 197 ss.,

13 RESCIGNO, *Nuove prospettive giuridiche*, cit., 69 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 2a ed., Padua, 2005, p. 391 ss. Véase también: DE MAURO, *Le famiglie ricomposte*, en *Famiglia*, 2005, p. 767 ss.

al momento del matrimonio, también esta decisión, como todas aquellas relativas a la vida en común, deben adoptarse de común acuerdo.

En casos particulares, como en la viudez o en el divorcio, la adopción constituye el camino ideal para reforzar la unidad de la familia que se recompone, para garantizar estabilidad a los lazos entre progenitores, hijos, hermanos. En tanto fruto de una decisión común del progenitor y del cónyuge que pretende adoptar, la adopción requiere, como regla, el consentimiento del otro progenitor, y del adoptado mayor de catorce años. Este último debe ser escuchado personalmente, de todas formas, cuando tiene doce años cumplidos, e incluso si su edad es inferior, en atención a la madurez que hubiere adquirido. En casos particulares, el adoptado toma, en virtud de la adopción, el apellido del adoptante, y lo antepone al suyo, pero sin instaurar relaciones de parentesco con la familia del nuevo padre.

Ya de acuerdo con el régimen del Código Civil italiano vigente, la adopción presenta márgenes de flexibilidad en casos particulares que la convierten, a menudo, en un instrumento para la equilibrada tutela de los intereses en juego. A diferencia de la llamada adopción "legitimante", la que referimos no interrumpe las relaciones con el otro progenitor ni con su familia. Así se ase posible la coexistencia, formal inclusive, de las diversas figuras parentales y de las diversas redes parentales.

Subsisten, ciertamente, márgenes de ambigüedad, pero éstos pueden superarse a fuerza de interpretaciones orientadas a valorizar los elementos de consensualidad que caracterizan este tipo de adopción.

La búsqueda del consentimiento, incluso mediante intervenciones de mediación, constituye, hasta donde sea posible, la línea preferencial de composición de los intereses familiares, y que por lo general es capaz de evitar el surgimiento de conflictos, o que apunta, en todo caso, a su superación de la forma menos traumática. Esto es válido, con carácter general, y con mayor razón, en la adopción "intrafamiliar", cuyo fin es construir lazos posteriores, sin destruir los precedentes.

Es de dicha manera que se garantiza el derecho del niño a su propia familia y a conservar relaciones con sus dos padres, a pesar de la separación de éstos.

Hoy por hoy podemos considerar consolidada una interpretación de las reglas sobre el consentimiento del otro progenitor, en el sentido de que se puede prescindir de él sólo en presencia de una resolución que hubiere declarado el fin de la potestad. En efecto, no puede negarse la calificación de "padre que ejerce la potestad" a aquel que luego del divorcio no tenga bajo tenencia a los hijos. Este progenitor, incluso si la tenencia es exclusivamente desempeñada por el otro, no está investido

de una titularidad meramente abstracta de tal función; en realidad, aquél la ejerce también en concreto, aunque lo tenga que hacer de modo compatible con la situación de no convivencia con el hijo, al mantener relaciones personales con éste, al participar en sus decisiones más gravitantes y al supervisar su formación.

Las dudas del pasado han quedado superadas con la nueva legislación en materia de tenencia compartida. Con esta figura, la responsabilidad de los progenitores se mantiene en ambos padres, incluso con posterioridad a la separación o el divorcio.

Donde sí subsisten dudas es en lo que atañe a la propuesta interpretativa orientada a leer las reglas sobre la potestad del adoptante de tal forma que no se oscurezca por completo la figura del otro padre, y que no se prive de legitimidad por completo a éste, respecto de su función como progenitor¹⁴. Es cierto que en casos particulares, cuando hay adopción del hijo de otro cónyuge la potestad sobre el adoptado y su respectivo ejercicio corresponden al progenitor y al cónyuge adoptante (art. 48), y que el adoptante tiene la obligación de mantener, instruir y educar al adoptado; pero no es menos cierto que la adopción, en supuestos diferentes de los que venimos considerando (art. 44, letra "b", de la legislación en materia de adopciones), no implica el abandono por parte del otro progenitor ni comporta el fin de la potestad. Y si se tiene en cuenta que "el derecho del menor a mantener una relación equilibrada y continuada" con ambos progenitores luego de la separación, y de "recibir cuidados, educación e instrucción de ambos" se antepone ahora, como principio general, al nuevo régimen de los efectos de la separación respecto de los hijos, es necesario concordar con la conveniencia de una lectura del art. 48 de la legislación en materia de adopciones que se oriente a incluir, en lugar de excluir, al otro progenitor de las relaciones con el hijo, siempre que con ello no se perjudique el desarrollo de éste.

La tendencia consiste en dar a los instrumentos de adopción una mayor flexibilidad, a fin de volverlos idóneos para hacer frente a situaciones que el legislador no había previsto, pero que parecen merecedoras de protección. Es un camino por el cual la jurisprudencia se ha encaminado desde hace buen tiempo, y que ahora el legislador puede recorrer también, si persiste en sus proyectos normativos de adopción "dúctil" o "abierta", los cuales apuntan a que no se cancele completamente la experiencia familiar pasada del niño, al menos cuando éste conserve huellas significativas de dicha experiencia¹⁵.

Si se dirige la mirada, aunque sea sintéticamente, al recorrido de la jurisprudencia, se aprecia que la atención hacia los intereses efectivamente involucrados en la variedad de situaciones familiares concretas ha permitido, a veces, una superación del dato textual, con

14 AULETTA, *La famiglia rinnovata, problemi e prospettive*, en BIANCA, MALAGODI, TOGLIATTI, MICCI (editores), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, cit., 48 ss., 59 ss.

15 Véase el proyecto de ley 5701/2005, presentado por el parlamentario Burani Procaccini; el proyecto de ley 5724/2005, presentado por el parlamentario Bolognesi, publicado en *Dir. fam.*, 2005, 1481 ss.

el objeto de garantizar tutela efectiva a los derechos de las personas.

La figura misma de la adopción de mayores de edad atraviesa, en la actualidad, una estación de renovada vitalidad. Más allá de su función tradicional, cuyo carácter es patrimonial –o sea, dar un heredero al adoptante que carece de una descendencia propia– esta especie de adopción es usualmente empleada para las mismas finalidades de la adopción en supuestos particulares, cuando el hijo del otro cónyuge haya cumplido dieciocho años. Las rigideces que los artículos 291 y siguientes del Código Civil exhiben en los requisitos para la adopción no han sido considerados insuperables. Este resultado ha sido posible luego de que se logró distinguir entre la adopción tradicional de mayores de edad, con funciones hereditarias, y la (nueva) adopción, con funciones “de consolidación de la unidad familiar, a través de la formalización de una relación de acogimiento que ya ha sido experimentada y vivida en concreto”.

Esta distinción permite valorizar el hecho de que el adoptado es hijo del cónyuge, pero al mismo tiempo (y esto cuenta más) que el adoptado es “parte integrante [...] de un núcleo familiar común”, el cual preexiste y que demanda la posibilidad de disponer de los instrumentos formales que garanticen su dignidad e identidad. La tutela de la familia y de los derechos de las personas a la salvaguarda de relaciones dotadas de significado autoriza al juez, en situaciones distintas de las originalmente propuestas por el legislador, a cambiar las reglas aplicables, y valerse del régimen de la adopción en supuestos particulares, con la cual se comparte la función.

Prosigamos. Mientras que la Corte Costituzionale no ha juzgado posible ir más allá¹⁶, la Corte di Cassazione sí ha superado, no sólo los rígidos límites de edad fijados por el adoptante¹⁷, sino también el otro requisito: la necesaria ausencia de hijos propios¹⁸. Gracias a la Corte Costituzionale, este último requisito dejó de ser visto como absoluto, y pasó a considerarse derogable si se apoyaba en el consentimiento de los interesados. Por lo tanto, la presencia de hijos legítimos ya no constituye un impedimento, si ellos son mayores de edad y tienen capacidad de discernimiento¹⁹. Con estos dos elementos, ha sido posible dar un paso ulterior: admitir la adopción incluso en presencia de hijos menores de edad. En efecto, si el consentimiento de los hijos es requerido como instrumento de equilibrio de intereses contrapuestos, tal consentimiento pierde su significado cuando la adopción cumple la función (distinta de la tradicional) de “asegurar lazos más estables al interior de la familia de acogimiento, en el específico interés de [los hijos menores de edad], y no sólo del interés del que es adoptado”²⁰.

Por lo tanto, la presencia de hijos menores de edad no es un obstáculo, pero ello no significa que su voz no merezca ser escuchada. Tampoco significa que no se puedan encontrar instrumentos procesales para escuchar su voz (decisión del menor de edad, nombramiento de un curador especial), desde el momento que “la unidad jurídica de la familia, a cuya realización apunta la adopción del hijo mayor de edad del cónyuge, debe tener siempre correspondencia concreta con una comunión de propósitos por parte de todos los miembros de aquella sociedad natural y, por lo tanto, también de los hijos del adoptante”.

“(...) las familias nuevas son familias que preexisten en la realidad social, y que como tales son merecedoras de protección plena (...)”

Más allá de la relevancia del caso concreto, estas decisiones judiciales expresan un principio de alcance general. Las nuevas familias son familias que preexisten en la realidad social, y que como tales son merecedoras de protección plena. El derecho, entonces, debe hacer posible la formalización de las relaciones actuales. Buscando el consentimiento de los interesados se sigue el mejor camino hacia dicho fin.

Una interpretación que preste atención a las diferencias que plantean las situaciones concretas y los intereses efectivamente en juego, entonces, puede hacer que la adopción en supuestos particulares y la adopción de mayores de edad se vuelvan instrumentos dúctiles para formalizar las relaciones entre los componentes de la nueva familia, sin despojar de legitimidad, completamente, al otro progenitor. De esta forma, por otro lado, se podrían valorizar las potencialidades de estas formas de adopción, con miras a armonizar los papeles que cumplen las distintas figuras de padres, ligados al menor por vínculos sanguíneos y afectivos.

Sin perjuicio de lo anterior, la adopción sólo puede realizarse por el cónyuge del progenitor, mas no por el conviviente. Este es un problema importante, si se tiene en cuenta que la convivencia, justamente, es la situación más común en la que recaen los hijos en su segunda experiencia familiar.

En ocasiones, la imposibilidad de adoptar conduce a recorrer caminos más cortos, como el de los falsos reconocimientos, que son peligrosos para el menor de

16 La Corte, en efecto, ha remarcado siempre las diferencias existentes entre adopciones de los mayores de edad, y adopciones en casos particulares, que justificarían un régimen distinto en caso de que el adoptante tenga hijos menores de edad: sentencias n. 252/96, 170/2003.

17 Corte di Cassazione, sentencia del 14 gennaio 1999, n. 354, in *Fam. dir.*, 1999, 113 con nota de ROSSI CARLEO.

18 Legítimos, legitimados y extramatrimoniales reconocidos. Véase: Corte Costituzionale, sentencia n. 245/2004.

19 Corte Costituzionale: sentencia n. 557/1988. Véase también: sentencia n. 345/1992, para el caso de los mayores de edad incapaces de prestar su consentimiento; caso al que se considera aplicable el art. 297, c. 2.

20 Corte di Cassazione: sentencia del 3 febbraio 2006, n. 2426. Precedentemente, véase la sentencia de la propia Corte di Cassazione, del 14 gennaio 1999, n. 354, cit.

edad, porque lo exponen a los riesgos de la variación de los sentimientos, a meditaciones ulteriores del progenitor, o incluso a impugnaciones de terceros interesados.

A falta de opciones, se suele recurrir al cambio de apellido, que ahora se ha hecho más sencillo con la nueva normativa sobre los estados civiles. El apellido constituye, actualmente, un fuerte símbolo de la identidad personal y de la pertenencia a una familia. Los padres y los hijos (todos los hijos), sanguíneos y afectivos, se presentan en la escena social como protagonistas de una misma historia que los reúne. Esto es un modo apreciable de garantizar el derecho de aparecer tal como se es: como un núcleo familiar unido por comunidades de propósitos y de proyectos.

4. Una Mirada más Allá de los Límites

En ausencia de una formalización de las relaciones (que se hace posible por la adopción), se mantienen algunos problemas pendientes de solución. Una de las interrogantes es si conviene dar estabilidad (y, eventualmente, en qué medida) a la relación que se establece en el transcurso de la convivencia, con la atribución al progenitor social de poderes, derechos y obligaciones de naturaleza personal (relativos al cuidado y a la educación de los hijos del otro), y también de naturaleza patrimonial (en orden a la manutención de los hijos). Si la respuesta es afirmativa, se plantea el problema de coordinar estas atribuciones con las que corresponden al progenitor no conviviente. Es menester considerar, así mismo, el caso, para nada infrecuente, del divorcio o del fin de la nueva convivencia. ¿Puede ser conveniente garantizar cierta continuidad a la relación entre el menor de edad y el progenitor social, por lo menos cuando éste ha cumplido un papel positivo en el desarrollo del hijo?

En Estados Unidos, la cuestión propuesta se aprecia, por lo general, como una materia para los acuerdos entre los interesados, aunque en algunos Estados se establecen obligaciones legales de manutención propiamente dichas, que corren por cuenta del progenitor social.

En el panorama europeo se detectan respuestas fragmentarias y parciales. A veces, el legislador presta atención, principalmente, a los aspectos patrimoniales. En dicho caso establece, como ocurre en la legislación holandesa, que el cónyuge (sólo el cónyuge, no el conviviente) está obligado a contribuir a la manutención de los hijos del otro, con el cual conviva. En el Código Civil alemán (§1607 BGB) se impone una obligación atenuada o "indirecta", por decirlo así, en el sentido de que el cónyuge del progenitor puede ser destinatario de una pretensión de manutención por parte del hijo de éste, pero solamente cuando el primero, de forma espontánea, ya se haya subrogado al progenitor en dicha manutención.

También en el derecho inglés (en la *Child Support Act* de 1991, y en sus posteriores modificatorias) se prevé que los tribunales pueden imponer obligaciones de manutención a cargo del progenitor social que, con precedencia, ya haya mantenido efectivamente al menor de edad, siempre que los progenitores encargados de ello no se encuentren en condición de hacerlo por sí mismos.

En el Código Civil suizo (art. 278), a su vez, se dispone que "los cónyuges se deben recíprocamente asistencia en el cumplimiento de la obligación frente a los hijos nacidos antes del matrimonio".

En cuanto a los aspectos personales, en Alemania se reconoce el derecho del hijo a visitar a ambos progenitores. Y se añade que "lo mismo es válido para las visitas de otras personas con las cuales el hijo tenga lazos, siempre que la preservación de estos contactos convenga para su desarrollo" (§1626,3 BGB).

En Francia encontramos una regla equivalente. La *autorité parentale* corresponde a ambos progenitores, incluso con posterioridad a su separación (art. 373-2 del *Code civil*). En todo caso, el niño tiene derecho de mantener relaciones personales con sus ascendientes, y también con terceros, aunque no fueran sus parientes. El juez, por otro lado, puede establecer, en interés del niño, las modalidades de las visitas (art. 371-4, según la reforma del 2002). El niño, en todo caso, no debe ser separado de sus hermanos y hermanas, a menos que su interés sugiera una solución distinta. Se prevé, igualmente, la posibilidad de una "delegación de la autoridad paterna", bajo el control del juez y, por acuerdo de los padres, de un tercero. Este tercero puede ser un miembro de la familia o un "*proche digne de confiance*", una persona de confianza, que podría ser incluso el progenitor social (art. 377 del *Code civil*). Con la delegación, el(los) progenitor(es) puede compartir en todo o en parte, con el progenitor social, el ejercicio de la potestad. Esta delegación aparenta ser "un medio excelente para hacer ingresar al nuevo progenitor (*beau-parent*) en el círculo familia que caracteriza el hogar doméstico"²¹.

Sin perjuicio de lo anterior, en el derecho inglés se dispone de instrumentos más flexibles, introducidos con la reforma legislativa de la filiación, a través de la *Children Act* de 1989²². En el ámbito de un sistema donde la responsabilidad de ambos progenitores perdura hasta la mayoría de edad, a pesar del divorcio, el *residence order* se limita a identificar aquella persona con la cual el hijo debe vivir. El *residence order* constituye el instrumento mediante el cual los tribunales británicos formalizan, de manera más flexible que con la adopción, la relación entre hijos y *stepparents*. El hijo, ni más ni menos, tiene derecho, si su bienestar lo requiere, a que se preserven otras relaciones significativas con adultos distintos de sus padres biológicos. Por dicha vía, estos adultos también pueden conseguir la responsabilidad de los progenitores, pero sin sustituir a los progenitores

21 RUBELLIN DEVICHI, *Le seconde famiglie e il diritto francese*, en MAZZONI, *op. cit.*, pp. 65 ss., 67.

22 Véase, ampliamente, sobre este punto: BILO, *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, en *Famiglia*, 2004, p. 831 ss.

biológicos, sino sumándose a éstos. Ello determina una equiparación sustancial entre progenitor social y progenitor biológico. Entre los adultos que pueden ser destinatarios de un *residence order* está, en primer lugar, el cónyuge del progenitor “respecto del cual el menor de edad se encuentra en status de *child of the family*” (o sea, donde es tratado como hijo). La ley, entonces, se presta comprender, en primer lugar, a los *stepparents* que se han casado. Para aquellos que no se han casado, se requiere un período de convivencia de tres años, por lo menos, a menos que exista el consentimiento de todos los titulares de la responsabilidad de los progenitores.

En caso de disolución de la unión, el problema es más complejo. Sin embargo, los tribunales británicos admiten, a veces, un derecho de visita a favor del *stepparent* –más rara es la disposición de un *shared residence order*– con lo cual se garantiza la continuidad y estabilidad de la relación.

5. Ausencia de Reglas y Relevancia de los Principios

En la experiencia italiana no faltan reglas análogas a las previstas, aunque con variedad de tonos, en ordenamientos cercanos al nuestro.

En la reciente Ley N.º 54 de 2006 se establece el principio según el cual la responsabilidad de los progenitores se mantiene inalterada luego de la separación y del divorcio. En esta normativa se añade que el niño tiene derecho a “conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama de sus progenitores”. La Ley habla de “ascendientes” y “parientes”, sin excluir a los afines, entre los cuales se comprende, si se aprecia bien, al cónyuge del progenitor. Tampoco se hace referencia a otras personas con las cuales el menor haya establecido relaciones significativas, en forma tal que se proteja su relación con todo “progenitor social”, cónyuge o no, y con los hijos de éste. Desde el punto de vista del niño, y del derecho de éste a preservar relaciones significativas, la citada disposición legal puede parecer demasiado limitada, en tanto se centra en vínculos formales, al tiempo que descuida las relaciones desarrolladas en la costumbre de la vida, que pueden tener un significado afectivo profundo.

En el marco de las adiciones al régimen del derecho de habitación, la Ley no sólo ignora, sino que penaliza, a las familias que se recomponen. En efecto, lo que se dispone es que el derecho de habitación se extingue si el beneficiario convive *more uxorio*, o contrae nuevo matrimonio. Esta medida puede parecer contradictoria, porque el derecho de habitación se atribuye “teniendo en cuenta, prioritariamente, el interés de los hijos”. Este interés, por lo tanto, no debería ser relegado porque el progenitor encargado de los hijos se casa de nuevo o entabla una convivencia. La norma crea una sombra de

sospecha alrededor de las nuevas familias, e interfiere gravosamente en la vida privada de las personas.

A pesar de este último aspecto, no faltan reglas que se refieren directamente a las nuevas realidades familiares.

En este contexto, el camino del acuerdo ha sido visto, no sólo como obligatorio, sino como el más conveniente. Esto se debe a que el acuerdo permite respetar la diversidad de las situaciones concretas, así como las prerrogativas de todos los protagonistas de la historia. Por otro lado la regla del acuerdo aparece, de manera transversal, en toda la experiencia familiar: en las relaciones entre los cónyuges (art. 144 del Código Civil italiano), en el ejercicio de las responsabilidades de los progenitores (art. 316), en la definición de los regímenes post-conyugales (arts. 155, 156). Así pues, parece coherente con el sistema dar relevancia al entendimiento entre los progenitores para delegar parcialmente sus tareas a la nueva pareja del otro. Solamente hay que aclarar que esta decisión debería tomar en cuenta también la opinión del hijo y la calidad de las relaciones establecidas con el progenitor social.

Si se nota bien, el ordenamiento italiano ya conoce hipótesis de ejercicio compartido de la potestad, por parte de distintas figuras de progenitores. Tal es el caso de la tenencia temporal, que es dispuesta por los servicios sociales con el consentimiento de los progenitores. En dicho caso, quien ejerce la tenencia debe proveer para el cuidado del niño, “teniendo en cuenta las indicaciones de los progenitores” (art. 5 de la legislación en materia de adopciones²³). La tenencia presupone una situación de dificultad temporal. Se trata, por lo tanto, de una situación muy distinta de la recomposición familiar. De todas maneras, el cotejo entre ambas figuras permite resaltar un hecho importante, a saber, que en nuestro ordenamiento hay hipótesis de delegación de la potestad de los progenitores que también podrían proponerse en otros contextos.

El deber jurídico de asistencia recíproca de los cónyuges podría ser entendido, razonablemente, en el sentido de comprender también la asistencia en el ejercicio de las responsabilidades frente a los hijos nacidos con anterioridad al matrimonio (de forma que no difiere de lo normado en la legislación suiza)²⁴.

Desarrollando los principios expresados por la jurisprudencia en materia de derecho de visitas de los abuelos se puede afirmar, probablemente, el derecho del hijo a mantener relaciones con personas (que no son parientes, inclusive), con las cuales ha establecido relaciones significativas. En el ámbito de las separaciones, así se podría valorizar el derecho del niño a no ser separado de sus nuevos hermanos²⁵, o el derecho seguir frecuentando a su progenitor social, cuando haya establecido una buena relación con éste.

23 Para varias observaciones al respecto, véase: DELL'UTRI, *Famiglie ricomposte e genitori di fatto*, en *Familia*, 2005, p. 275 ss.

24 En el sentido de que constituye violación de los deberes conyugales obstaculizar al otro en las relaciones con los hijos, véase: Corte di Cassazione, sentencia del 13 de febrero de 2006, n. 3028.

25 Véase la sentencia del Tribunale di Padova, del 28 aprile 2005, publicada en *Fam. pers., succ.*, 2005, p. 374.

A mi parecer, es mucho más difícil plantear que, en ausencia de un acuerdo, existe un deber de manutención que siga luego del fin de la convivencia. Para esto, sin embargo, se podría valorizar el significado de los acuerdos en los cuales se basaba la experiencia de vida precedente. La fijación del tenor de la vida familiar constituye, si se aprecia bien, el objeto del acuerdo entre los cónyuges. Normalmente, el tenor de la vida de una familia es unitario, para los cónyuges y para todos los hijos, incluso cuando éstos han nacido de distintas uniones. Cuando uno de los cónyuges es más próspero, él debe contribuir en mayor medida, incluso para satisfacer las exigencias de vida de los hijos del otro cónyuge, garantizando a éstos posibilidades (de estudio, de formación profesional) que, de otra manera, con el solo apoyo de los recursos de los “verdaderos” padres, no serían posibles.

También creo que es un error considerar que la manutención del hijo del otro cónyuge es el cumplimiento de un deber moral y social, que no sería susceptible de repetición ni coerción. En realidad, creo que se trata de un deber que nace de un acuerdo, cuya duración, en caso de no haber sido prevista originalmente, puede ser fijada por el juez, quien deberá atender al significado de las responsabilidades que se han asumido, las relaciones de confianza surgidas, y todo ello sobre la base de reglas de equidad y con respeto al principio de la buena fe.

Desde esta perspectiva, la separación de los padres puede no representar el punto final de las obligaciones de manutención, porque la duración de éstas podría ser fijada en términos distintos por el juez.

La profundización en los principios generales, en especial el del interés del menor, el de la autonomía de los particulares, el de la buena fe, puede dar, en mi opinión, una contribución decisiva a la definición de algunas reglas esenciales para las familias que se reconstruyen. En esta fase, su elaboración –como ha ocurrido en el caso de las familias de hecho– debería ser tarea de la jurisprudencia, en diálogo continuo con la doctrina. Dichas reglas deberían caracterizarse por una alta medida de respeto a los derechos de la persona, particularmente, de los derechos del niño. En tal sentido, el grado de abstracción de las reglas debería ser bajo, a fin de que sean idóneas para adaptarse a la variedad de las situaciones concretas.

Con carácter preliminar, la intervención del juez debería orientarse a favorecer la búsqueda de una solución por vía de acuerdo, con el recurso a la mediación si fuera el caso. Si ello no se logra, especialmente en las cuestiones patrimoniales, se debería apuntar hacia un desarrollo de los acuerdos, incluso de aquellos acuerdos implícitos, de las partes, y hacia la afirmación de las responsabilidades por las decisiones libremente tomadas 