

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y LA SUCESIÓN A TÍTULO LEGAL*

Antoni Vaquer Aloy

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

Noelia Ibarz López

Graduada en Derecho

TITLE: *Blended families and legal succession*

RESUMEN: Las familias reconstituidas constituyen una realidad creciente que empieza a ser reconocida en diversos ámbitos preferentemente del derecho público. Sin embargo, hasta la fecha todavía no tienen reconocido ningún derecho sucesorio legal. Teniendo en cuenta la experiencia comparada en Inglaterra y Estados Unidos, los autores efectúan propuestas de *lege ferenda* para los derechos de sucesiones vigentes en España.

ABSTRACT: *Blended families are an increasing reality that is steadily recognized mainly in different legal areas of public law. Yet until now they are not granted any legal succession right. Taking into account the comparative experiences from England and the United States, the authors make proposals de lege ferenda for the laws of succession in force in Spain.*

PALABRAS CLAVE: Familias reconstituidas. Sucesiones. Sucesión intestada. Legítima.

KEY WORDS: *Blended families. Successions. Intestate Succession. Compulsory Share.*

SUMARIO: 1. PROPÓSITO. 2. LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN LOS DERECHOS DE FAMILIA Y DE SUCESIONES VIGENTES EN ESPAÑA. 2.1. *Derecho estatal.* 2.2. *El Código civil de Cataluña.* 2.3. *El Código Foral de Aragón.* 2.4. *La Compilación del Derecho civil de Navarra.* 3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO. 3.1. *La family provision a favor del child of the family.* 3.2. *El hijastro o hijastra en la sucesión intestada en los Estados Unidos, con especial referencia al derecho de California.* 4. ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA EVENTUAL REFORMA LEGISLATIVA. 4.1. *Sucesión intestada.* 4.2. *La legítima.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. PROPÓSITO

Las familias reconstituidas son aquellas formadas por los cónyuges o convivientes y los hijos de estos –por lo menos de uno de los cónyuges o convivientes– nacidos de sus relaciones anteriores. A partir de esta definición, hay una pluralidad de posibles tipos de familias reconstituidas, en función de distintas variables –si existe el otro progenitor

* Este trabajo es parte de las actividades del proyecto de investigación DER2015-70636-C2-1 y del grupo consolidado de la Generalidad de Catalunya 2014SGR2013.

de los hijos, si ejerce la guarda y, en especial, la guardia compartida, si además de los hijos respectivos los hay comunes, si unos y otros son mayores o menores de edad, etc.–, cada cual con su respectiva problemática¹. En cualquier caso, lo cierto es que existe una evidente tendencia al incremento del número de familias reconstituidas en España², que en 2011 ya representaban el 7,5% de las familias, el doble que en 2001³. Entre las múltiples cuestiones que suscita esta realidad, se cuentan las de tipo jurídico⁴.

En efecto, el derecho de sucesiones codificado sigue tomando en consideración solo a la familia nuclear. Todavía más, el Código civil únicamente tiene en cuenta la familia nuclear matrimonial⁵. Han sido los derechos civiles autonómicos los que se han abierto la sucesión a la familia nuclear formada por convivientes de hecho, con iguales derechos que los cónyuges. Sin embargo, y salvando las menciones indirectas a que haremos referencia, ninguno de los derechos civiles vigentes en España contempla la sucesión dentro de las familias reconstituidas. La legítima y la sucesión intestada, que constituyen la materia que analizamos en este trabajo, se basan en los lazos de sangre –la descendencia y la ascendencia por naturaleza–, en el vínculo paternofilial creado por la ley –la adopción, con las peculiaridades que presenta a nivel sucesorio– y en el vínculo conyugal o *more uxorio*; los hijastros e hijastras, los padrastros y madrastras, ni son legitimarios ni tienen derecho alguno en la sucesión intestada.

Pese al creciente número de familias reconstituidas en España, la doctrina no ha prestado excesiva atención a sus implicaciones sucesorias⁶. Sin embargo, es evidente

¹ RIVAS RIVAS, Ana M^a, «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», p. 226 ss (disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51585.pdf>; fecha última consulta 30.11.2017); id., «El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas», *Portularia*, 2012, vol. XII, p. 30 ss; NAVAS NAVARRO, Susana, «Child's Life, Step-Family and Decision-Making Process —European Overview», *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, núm. 2, p. 63.

² Un factor que lo explica es que la tasa de divorcios española es de las más altas en Europa (la tasa de ruptura es 0,65, siendo la media europea 0,46, es decir, por cada 10 matrimonios hay más de 6 roturas), según el Informe Evolución de la Familia en España 2016 del Instituto de Política Familiar; la duración media del matrimonio en España apenas rebasa los 16 años para una esperanza de vida que supera con creces los 80 años (fuente: INE, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2015).

³ INE, Censo de Población y viviendas de 2011.

⁴ RIVAS RIVAS, «Las nuevas formas», op. cit., p. 198.

⁵ Véase REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia», en id. (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2010, pp. 25-26.

⁶ Apenas algunos autores se detienen en señalar que el derecho sucesorio vigente no responde a las familias reconstituidas; por ejemplo, ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 106, en relación con la sucesión intestada, haciendo notar la conveniencia de su revisión para darles cabida. La literatura jurídica específica más relevante la constituyen las siguientes referencias: DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 839 ss; ROCA TRIAS, Encarna, «La regulació de les famílies

que, tarde o temprano, deberá hacerlo, teniendo en cuenta que, como veremos a continuación, el derecho de familia ya las contempla⁷. Por eso es necesario acudir al derecho comparado. En los Estados Unidos, donde el número de familias reconstituidas es mucho más elevado⁸, desde ya hace años que se han articulado propuestas legislativas para insertar a los hijastros e hijastras en el esquema de la sucesión intestada. En cambio, no hay experiencia comparada en relación con las legítimas; por ello hay que acudir al equivalente funcional de la legítima, la *family provision*, para valorar un sistema en que se ha dado entrada a la familia reconstituida. No debe

"recomposades" o "reconstituïdes"», i BOSCH I CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del dret de família*, Girona, 2005, p. 213 ss y 241 ss, respectivamente; GARRIGA GORINA, Margarita, «Les relacions paterno-filials de fet», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, p. 9 ss; DUPLÀ MARÍN, María Teresa, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2012, núm. 3, p. 601 ss; NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 617 ss; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «El status jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 2187 ss; TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros: Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2011; id., «El reconocimiento por el derecho de las familias recompuestas», en Ramón Herrera Campos, Miguel Á. Barrientos Ruiz (coord.), Universidad de Almería, *Derecho y familia en el siglo XXI*, 2011, p. 147 ss.

⁷ No solo eso, sino que la jurisprudencia ya ha debido adaptar el derecho a las nuevas realidades familiares.

En el caso de la STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2014 (Roj: STSJ CAT 7770/2014) se pretendía la venta de un piso propiedad de un menor de edad prestando como consentimiento único, para esta venta, el consentimiento de la familia materna del menor al tratarse de una familia monoparental. Una vez realizada la venta, al tratar de inscribirla en el Registro de Propiedad, la registradora acuerda la suspensión de la inscripción ya que entiende que el consentimiento prestado por solo una línea de parientes del menor no es suficiente, ya que la enajenación de bienes inmuebles propiedad de menores de edad requiere el consentimiento de las dos líneas de parientes más próximos del menor, por lo que insta a acudir a la autoridad judicial para conseguir el consentimiento para la trasmisión del inmueble, tal como exigía el art. 138.2 del Código de Familia. El TSJ destaca en su sentencia esta problemática de adaptar los nuevos modelos de familia a las instituciones jurídicas basadas en la familia nuclear: «El Codi de Família, i tampoc ho preveu el llibre segon del CCCat (cfr. Arts. 236-30), en funció de la remissió a la normativa successòria, requereix per l'autorització alternativa el consentiment dels dos parents més pròxims dels fills, un de cada branca o línia, però no es planteja quina és la resposta que cal adoptar quan es tracti d'una família monoparental». Y concluye que «quan les dues línies familiars no existeixen (famílies monoparentals) o bé no existeixen parents en una de les línies, existeix la mateixa raó per a aplicar la norma i integrar aquesta llacuna legal, entenent que en aquests casos els dos parents més pròxims ho han de ser de la única línia existent o de la línia en la qual existeixen parents».

Por su parte, la SAP Palencia de 3 de febrero de 2017 (Roj: SAP P 64/2017) accede a que los dos hijos del apelante, fruto de dos parejas distintas, puedan pasar juntos el período de vacaciones estivales y los fines de semana en que le corresponde la guarda tras la ruptura de la segunda pareja.

⁸ De acuerdo con el censo de 2000, en Estados Unidos había 3.300.000 hijastros menores de 18 años conviviendo con padrastros o madrastras. LAUFER-UKELES, Pamela, BLACER-PRIGAT, Argelet, «Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood», *George Mason Law Review*, 2013, p. 419 ss. (la estadística en nota 65).

extrañar que el recurso comparado conduzca al *common law*, mucho más abierto a innovaciones por diversas razones, entre ellas el carecer de la larga historia de la legítima.

Nuestro artículo se organiza del siguiente modo: primero, analizaremos a la presencia de las familias reconstituidas en los derechos de familia y sucesiones vigentes en España (II); seguidamente, nos aproximaremos a los ejemplos comparados que nos proporciona el *common law* (III); y, finalmente, esbozaremos algunos trazos gruesos de cómo podría regularse la sucesión a título legal en los derechos civiles españoles (IV).

2. LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN LOS DERECHOS DE FAMILIA Y DE SUCESIONES VIGENTES EN ESPAÑA

2.1. *Derecho estatal*

El Código civil no contempla unitariamente las familias reconstituidas, pese a que el derecho de familia es el área que más reformas ha experimentado en los últimos años. Apenas el art. 1362, 1º.2 CC considera como carga de la sociedad de gananciales los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar; en contrapartida, el art. 155.2º CC establece que los hijos –sin distingos entre comunes y no comunes– debe contribuir equitativamente al levantamiento de cargas familiares. También puede señalarse que el art. 68 CC prevé como deber conyugal el cuidado y atención de descendientes, sin especificar que sean comunes, si bien es evidente que no se contempla expresamente la familia reconstituida. Y es que la mayoría de referencias son indirectas. El art. 840 CC contempla al cónyuge viudo concurriendo a la sucesión «con hijos sólo del causante»; en este supuesto de familia reconstituida, el cónyuge viudo puede exigir que su derecho de usufructo legitimario le sea satisfecho, a elección de aquellos, mediante una cantidad de dinero o un lote de bienes hereditarios. Por otra parte, la reserva viudal del art. 968 ss –que sigue en vigor en el País Vasco, de acuerdo con el art. 120 de la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco–presupone, también, entre sus supuestos constituyentes, una familia reconstituida.

Las familias reconstituidas encuentran su mayor reconocimiento en diversas normas extracodiciales de naturaleza pública⁹.

⁹ Véase, con las necesarias actualizaciones, GARRIGA GORINA, Margarita, «Les relacions paterno-filials de fet (II)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, p. 981 ss; RIVAS RIVAS, Ana M^a, «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», p. 226 ss (disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51585.pdf>; fecha última consulta 30.11.2017).

Por cuanto concierne al derecho tributario, los arts. 56 a 61 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la finalidad de determinar la renta mínima que necesita el contribuyente para satisfacer sus necesidades personales y familiares, enumera una serie de mínimos por descendiente, concepto que incluye todos los hijos integrantes de la unidad familiar, sean o no hijos comunes, pero siempre que convivan. En el impuesto de sucesiones y donaciones, el art. 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, no equipara los hijastros e hijastras a los hijos por naturaleza, pero tampoco los trata como extraños, pues establece una reducción de la base imponible (apartado 2.a.Grupo III, «descendientes por afinidad»; en desarrollo de este precepto, el art. 60 de la Ley catalana 19/2010, del 7 de junio, asimila completamente en cuanto a trato fiscal los hijos del cónyuge o conviviente con los propios).

En el ámbito social, dentro de los sujetos con derecho a ser beneficiarios de la pensión por orfandad se cuentan los hijos del cónyuge superviviente aportados al matrimonio siempre y cuando cumplan unos determinados requisitos (art. 224 ss del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), entre los que merecen ser destacados la convivencia con el sujeto causante y que el matrimonio entre el causante y la pareja superviviente debe haberse celebrado dos años antes de la defunción del causante. Además, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, establece una acreditación para familias numerosas para la que computan los hijos no comunes de la unidad familiar conforme a su art. 2, estableciéndose nuevamente como requisito la convivencia. Por otra parte, el hijo no común es beneficiario del asegurado a los efectos del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (art. 2). Por último, puede mencionarse que, a efectos de reagrupación familiar, son reagrupables los hijos de familias reconstituidas, pero con la siguiente salvedad: «Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo» (art. 17.1.b de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

2.2. *El Código civil de Cataluña*

El art. 231-1 CCCat apela directamente a la heterogeneidad del concepto familia, que resulta de la misma Constitución¹⁰, y explícitamente considera en su segundo apartado que son un tipo de familia las reconstituidas: «Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor». Esta aproximación legal presenta directamente uno de los principales problemas jurídicos que plantean las familias reconstituidas: puede existir el otro progenitor de los hijos no comunes, y si existe, el vínculo de filiación con todos sus efectos legales se mantiene¹¹.

La integración de los hijos comunes se manifiesta, por un lado, en los gastos familiares. El art. 231-5.2 CCCat dispone que los gastos de manutención de los hijos no comunes que conviven con los cónyuges son gastos familiares, e inversamente el art. 231-6.2 CCCat que los hijos no comunes, mientras convivan con la familia, deben de contribuir proporcionalmente a ellas. De estos dos preceptos resulta una idea fundamental, coincidente con el Código Civil: la integración de los hijos no comunes por lo menos por lo que concierne a la economía familiar va unida a la convivencia.

Por otro lado, en materia de ejercicio de la potestad parental, el padrastro y la madrastra tienen derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria del hijo menor no común (art. 236-14 CCCat, primer apartado), aunque prevalece la opinión del progenitor (segundo apartado), con la facultad de adoptar unilateralmente las medidas necesarias para el bienestar del menor en caso de riesgo inminente (tercer apartado). Además, el padrastro o la madrastra, en el supuesto del fallecimiento de su cónyuge o conviviente, puede ver atribuida la potestad sobre el hijastro o hijastra si ha convivido con el menor y muestran su acuerdo el otro progenitor y el propio menor, tras ser oídos (art. 236-15.2 CCCat), y puede solicitar un régimen de visitas si no le corresponde la potestad conforme a este artículo si ha convivido con el menor durante los últimos dos años. Dos son las ideas que se desprenden: que para determinados efectos no es solo necesario haber

¹⁰ ROCA TRIAS, Encarna, «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, p. 1055 ss.

¹¹ Explica LAUROBA LACASA, M^a Elena, art. 236-14, en Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (coord.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 855, que se persigue dejar claro que el padrastro o madrastra ni expulsa al progenitor biológico ni reduce sus facultades.

convivido, sino estar conviviendo¹², y una determinada duración de la convivencia, que para el establecimiento de un régimen de visitas se concreta en dos años.

Por último, el cónyuge o conviviente del progenitor puede ser llamado al cargo de tutor por el juez, conforme al art. 222-10.d) CCCat. Debe notarse que, en este orden de la delación dativa de la tutela, el padrastro o madrastra solo tiene por detrás a los hermanos de la persona menor de edad o con capacidad de obrar modificada judicialmente, y que se exige la convivencia en el momento de la delación.

En materia sucesoria, la ley no concede derecho alguno a los hijastros e hijastras ni a padrastrros y madrastras. La sucesión intestada y la legítima solo se defieren a quienes tienen lazos de sangre o de adopción, con la salvedad del cónyuge en la sucesión intestada. Ahora bien, sí hay dos normas que contemplan, una directamente y la otra implícitamente, a los hijos no comunes de las familias reconstituidas. La primera es el art. 422-13.4 CCCat, introducido mediante la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del CCCat. Conforme a este precepto, la ineficacia automática de las cláusulas testamentarias a favor del cónyuge o conviviente a causa de la ruptura de la convivencia se hacen extensivas a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en la línea directa o colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o afinidad. En el caso que tratamos, las disposiciones testamentarias a favor de los hijos no comunes se tornan ineficaces cuando el causante y el progenitor de estos rompen la convivencia. Puede pensarse que únicamente se contemplan los hijastros e hijastras para un efecto negativo como es la pérdida de derechos sucesorios, lo que a su vez presupone que el legislador concibe como posible que el padrastro o madrastra desee beneficiar en la sucesión *mortis causa* a los hijos de su pareja. Sin embargo, la decisión legislativa es lógica: la relación entre el causante y los hijos no comunes no es directa, sino a través de la pareja/progenitor de los hijos, de modo que si se rompe el vínculo con el progenitor es razonable que se presuma que también se rompe con los hijos que lo son únicamente de este. Debe recordarse que, en todo caso, el precepto lo es de integración de la voluntad del difunto, de modo que, si quiso beneficiar en cualquier caso a los hijos no comunes, la cláusula testamentaria mantendrá su eficacia tal como prevé el apartado tercero del art. 422-13¹³.

¹² Lo que no impide que el menor pueda residir ocasionalmente en lugar distinto por razones de estudios, ocio o similares. RIVERO HERNÁNDEZ, «El *status*», op. cit., p. 2203.

¹³ Véase, en cuanto a esta ineficacia automática y la conservación de la eficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o conviviente VAQUER ALOY, Antoni, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 67 ss.

La norma que contempla indirectamente a las familias reconstituidas es el art. 442-2.2. Dispone que, si en la sucesión intestada todos los hijos repudian la herencia, esta no se defiere a los descendientes de grado ulterior –nietos, biznietos, etc.–, sino al cónyuge o conviviente, pero siempre que este sea el progenitor común de aquellos. Dicho de otra manera, si la familia es reconstituida, la renuncia de todos los hijos del causante no tiene como efecto que sea el heredero el cónyuge o conviviente. La presencia de hijos no comunes en la sucesión evita este efecto automático. Nada impide que todos los llamados alcancen un acuerdo en idéntico sentido, pero ese acuerdo será imprescindible, ya que el salto de orden sucesorio no se producirá *ope legis*.

De estas dos normas pueden desprenderse dos ideas: el legislador admite que el causante puede no distinguir entre hijos comunes y no comunes dentro de la familia reconstituida, y ordenar disposiciones testamentarias a su favor, pero el trato legal que va a dispensarles no va a ser idéntico en cuanto a la adquisición de derechos en la herencia.

2.3. El Código Foral de Aragón

El art. 85 del CFA se dedica a la «Autoridad familiar del padrastro o la madrastra», y establece que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Como resulta evidente, se contempla exclusivamente una modalidad de familia reconstituida: la formada por el único progenitor que es titular de la autoridad familiar y otra persona más el menor o menores que conviven con la pareja, de modo que el artículo no se aplica cuando los dos progenitores son titulares de la autoridad familiar. Se trata, en todo caso, de una atribución automática de la autoridad al cónyuge del progenitor, con el mismo contenido (art. 88 CFA). Además, se prevé que, fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar, con lo que ya no se trata del ejercicio, sino que se convierte en titular de la autoridad¹⁴. Por su parte, el art. 116.1.b) prevé que el padrastro y la madrastra puedan asumir la tutela, al aparecer en la enumeración de legitimados para la delación dativa, tras cónyuge, descendientes y progenitores, en el mismo grupo que los abuelos y los hermanos de la persona con la capacidad de obrar restringida. Finalmente, el art. 218.1.a) considera deuda común del consorcio conyugal

¹⁴ Al respecto, DUPLÁ MARÍN, M^a Teresa, «La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 2010, p. 61 ss.

la crianza y educación de los hijos propios de cada cónyuge que convivan con el matrimonio.

En derecho de sucesiones, la familia reconstituida apenas aparece en materia de usufructo viudal. La disposición transitoria 11 CFA señala que, en el supuesto de existencia de hijos no comunes del cónyuge premuerto, a la extensión del usufructo de viudedad ya causado el 23 de abril de 2003 se le siguen aplicando las limitaciones del artículo 73 de la Compilación del Derecho Civil, esto es, que el usufructo no se extiende sino a la mitad de la herencia. Esta limitación ahora es exclusivamente voluntaria, pues de acuerdo con el art. 283.3 CFA, por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o escritura pública, podrán excluirse del usufructo viudal los bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de esos bienes no exceda de la mitad del caudal hereditario. Es una prevención derivada de la constatación práctica que con cierta frecuencia las relaciones dentro de la familia reconstituida son conflictivas¹⁵.

2.4. La Compilación del Derecho civil de Navarra

Por lo que al derecho civil de Navarra concierne, uno de los principios básicos por los que se rige es la protección de los hijos de matrimonios anteriores tanto en la liquidación del régimen económico como en la sucesión (art. 77, 157, 122 y 339 FNN), en lo que constituyen destacadas restricciones a la amplia libertad testamentaria de que gozan las personas con vecindad civil navarra¹⁶. El derecho a la igualación de los hijos del causante de su primer matrimonio con los del segundo (art. 272-273 FNN) y los derechos de los hijos en la liquidación de sociedades de conquista habiendo descendientes de varios matrimonios anteriores (art. 109 FNN) presuponen necesariamente una familia reconstituida, y este es también uno de los supuestos de hecho de la reserva binupcial (art. 274 ss. FNN). Por consiguiente, el derecho navarro solo contempla a la familia reconstituida desde el particular interés de algunos de sus miembros, pero carece de una perspectiva más global sobre los derechos y deberes familiares en el seno de este tipo familiar, pues incluso cuando el art. 84.1.1 considera como carga de la sociedad de conquistas la alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges, lo restringe a que no hubiese hecho la partición y entrega de los bienes del art. 105 FNN.

¹⁵ Remitimos a los trabajos de RIVAS RIVAS citados en la nota 2.

¹⁶ VAQUER ALOY, Antoni, «Los límites a la autonomía privada en el derecho de sucesiones», en M^a Ángeles Parra Lucán (dir.), *La autonomía privada en el derecho civil*, Cizur Menor, 2016, pp. 263-264

3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. *La family provision a favor del child of the family*

El derecho inglés y de Gales reconoce el derecho a obtener una *family provision* a diversas personas. En otro lugar hemos dicho que la *family provision* puede asimilarse, funcionalmente, a nuestra legítima, pese a las notables diferencias entre ambas figuras¹⁷. Entre estas personas legitimadas, la sección 1(1)(d) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* sitúa «any person (not being a child of the deceased) who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood in the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family». Este *child of the family* es, obviamente, un hijastro o hijastra, sin embargo, no basta con esta condición. Lo que es esencial es haber sido tratado como un hijo de la familia¹⁸. Para conceder la *family provision*, el Tribunal atenderá a si había una verdadera relación de afecto, amabilidad y hospitalidad entre el solicitante y su *civil partner* y sobre todo observará si de forma expresa o implícita el causante asumió la posición de padre o madre con él y por ello atendió a sus responsabilidades y necesidades como cualquier otro progenitor lo habría hecho. Respecto de la responsabilidad, será oportuno demostrar que el causante mantuvo al solicitante y si es así, por cuanto tiempo lo mantuvo y en qué medida asumió la responsabilidad de ese mantenimiento. También que esta responsabilidad de mantenerle la asumió sabiendo que no era su propio hijo. Y por último observará si otro sujeto pudo mantener al solicitante en este tiempo o con posterioridad al fallecimiento del causante. La cuantía de la *provision* se modula conforme al tiempo que ha durado la convivencia, que no es necesario que se mantenga en el momento de la apertura de la sucesión del causante¹⁹.

El concepto legal de *child of the family* no excluye a los mayores de edad. Un ejemplo de ello es el caso *In Re Callaghan*²⁰. En este caso el solicitante de la *family provision* tenía 35 años, vivía con su esposa, en su propia casa cuando su madre se casó, con el que sería el causante. El difunto trató al solicitante siempre como un hijo de la familia reconociendo su propio papel de abuelo con los hijos del solicitante, realizando

¹⁷ VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, 2007/3, pp. 5-6.

¹⁸ SLOAN, Brian, *Borkowski's Law of Succession*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 269.

¹⁹ KERRIDGE, Roger, *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, 13ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2016, 8-64 a 8-68; ROSS MARTYN, John G, *et al*, *Theobald on wills*, Sweet & Maxwell, London, 2016, 11-047 y -048; SAWYER, Caroline, SPERO, Miriam, *Succession, Wills and Probate*, Routledge, London, 2015, 15-13.

²⁰ *Re Callaghan* (12 Julio 1984), 3 All ER 790.

confidencias sobre sus bienes y asuntos financieros con el solicitante y dependió de él cuando enfermó. El causante murió intestado y el Tribunal sostuvo que la falta de atribución por causa de muerte, de acuerdo con las reglas sucesorias, no constituía una provisión financiera razonable para el mantenimiento del solicitante, en especial porque los bienes del fallecido provenían de la madre del solicitante (la cual había muerto con anterioridad al fallecido), quien, a su vez, los había obtenido a modo de obsequio del abuelo paterno del joven cuando el marido de la mujer y padre biológico del solicitante había muerto en servicio activo. Bien es cierto que el tratamiento de una persona como hijo de la familia es algo más que un comportamiento del causante hacia esa persona. La mera exhibición de afecto, amabilidad u hospitalidad por un padrastro o madrastra hacia un hijastro o hijastra no constituye por sí mismo el trato de hijo de la familia. El fallecido debe asumir, de manera expresa o implícita la posición de padre o madre respecto del solicitante, con las responsabilidades correspondientes, además de ese trato cordial y afable, lo que, si bien excluye reclamaciones oportunistas a buenos samaritanos, reduce notablemente el número de posibles solicitantes²¹.

En Australia, los diferentes estados han reconocido en los últimos años a los hijastros e hijastras como legitimados para reclamar una *family provision*, aunque con pequeñas variantes. En Queensland se prevé expresamente que el matrimonio entre el progenitor y el padrastro o madrastra debe perdurar en el momento del fallecimiento del causante. En general, los factores que se toman en consideración son la edad en la que se inició la relación y en qué medida el padrastro o madrastra han contribuido a la manutención del hijastro o hijastra. En Nueva Gales del Sur es un factor la proximidad en la relación entre el padrastro o madrastra y el hijo del cónyuge o conviviente, mientras que en Victoria tiene relevancia si el origen de los bienes del difunto está en el progenitor del reclamante. En cualquier caso, si el tribunal considera que concurren los requisitos para conceder la *family provision*, el hijastro o hijastra no recibirá menos que un hijo natural o adoptivo, salvo que las circunstancias del caso conduzcan a considerar más apropiada otra situación²².

Por último, en Nueva Zelanda se define legalmente al hijastro o hijastra como el hijo del cónyuge, del conviviente en unión civil o del conviviente *de facto* del causante y que estuviera vivo al tiempo de iniciar la relación el causante y el progenitor (sección 2.1 «stepchildren» de la *Family Protection Act 1955*). Se requiere que el reclamante

²¹ PROBERT, Rebecca, «Who Will Benefit When We Are Gone?», en Birke Häcker, Charles Mitchell (ed.), *Current Issues in Succession Law*, Hart, Oxford, 2016, pp. 35-41.

²² DE GROOT, John, NICKEL, Bruce, *Family Provision in Australia*, 5ª ed, Lexis-Nexis, Chastwood, 2017, 4.35 ss.

estuviera mantenido por el causante en el momento del fallecimiento de este, lo que reduce significativamente el número de posibles legitimados por más que no excluya de por sí a los mayores de edad. Asimismo, que la convivencia o la relación de tipo familiar no haya sido esporádica, sino estable, con afecto. Si bien la legitimación para el reconocimiento se restringe con estos criterios, si el tribunal considera que debe otorgarse la *provision*, salvo circunstancias especiales la cuantía que se otorga es la misma que a un hijo natural²³.

3.2. El hijastro o hijastra en la sucesión intestada en los Estados Unidos, con especial referencia al derecho de California

En los Estados Unidos, donde no hay legítima ni tampoco *family provision*, los hijos del cónyuge aparecen en la sucesión intestada, y lo hacen, salvo en California, en términos muy restrictivos. Los comentarios oficiales al *Uniform Probate Code* dejan meridianamente claro que el concepto de «hijo» a los efectos de la sucesión intestada solo incluyen a los hijos por naturaleza y los adoptivos, y expresamente «excludes a person who is only a stepchild». Su presencia en los órdenes de la sucesión es meramente residual: sólo son llamados en defecto de cónyuge y parientes y antes de que la herencia se defiera al Estado²⁴.

California, sin embargo, posee una regulación distinta. Desde 1983 el *California Probate Code* incluye a los hijastros e hijastras dentro de los órdenes sucesorios de la intestada. Esta inclusión se justificó en la idea de que entre los hijastros y padrastros se forman verdaderas relaciones paternofiliales, por lo que no podían quedar excluidos de la sucesión intestada. Sin embargo, este derecho no se reconoce de forma automática a los hijastros e hijastras, sino que la ley prevé una serie de requisitos que deben cumplirse para entender que entre el causante y el hijastro o hijastra realmente existía una relación, que podríamos considerar como paternofilial. Los requisitos impuestos legalmente son que la relación comenzara durante la minoría de edad del hijastro y perdurara hasta el momento del fallecimiento del causante (padrastra o madrastra de

²³ WILSON, Samantha, «Stepchildren's Claims under Family Provision Legislation: A comparison Between New Zealand and New South Wales», *New Zealand Law Students' Journal*, 2010, p. 311 ss.

²⁴ Sección 2-103 (Share of heirs other than surviving spouse): «(b) If there is no taker under subsection (a), but the decedent has: (1) one deceased spouse who has one or more descendants who survive the decedent, the estate or part thereof passes to that spouse's descendants by representation; or (2) more than one deceased spouse who has one or more descendants who survive the decedent, an equal share of the estate or part thereof passes to each set of descendants by representation». Véase MENNELL, Robert L, BURR, Sherri L, *Wills and Trusts in a Nutshell*, 5ª ed., West, St Paul, MN, 2017

ese menor) y que el solicitante muestre pruebas claras y convincentes de que el padrastro le había adoptado formalmente de no ser por un impedimento legal²⁵.

La regulación californiana no ha estado exenta de críticas, en particular a causa de la interpretación del requisito legal del impedimento para adoptar. La cuestión debatida radica en si ese impedimento basta con que exista durante la minoridad del hijo del cónyuge o conviviente o bien debe haberse prolongado hasta el fallecimiento del causante. En el caso *In re in the Estate of Stevenson* (1991), el tribunal entendió que bastaba con que el impedimento hubiera aflorado durante la minoridad, pero en el caso *Estate of Cleveland* (1993) otro tribunal consideró que ese impedimento debía haber perdurado hasta la defunción del padrastro, con el resultado que en un caso el hijastro heredó y en el segundo no. El Tribunal Supremo de California terció en el caso *Estate of Joseph* (1998) a favor de la segunda construcción, de modo de para que el hijastro o hijastra pueda suceder como heredero abintestato es necesario que el impedimento para su adopción haya perdurado hasta el fallecimiento del causante. Lo que es tanto como restringir el derecho hasta convertirlo casi en residual para los mayores de edad al tiempo del fallecimiento del causante²⁶, pues basta con la oposición a la adopción del otro progenitor para privarle de derechos sucesorios en la herencia del padrastro o madrastra. No se reconoce derecho sucesorio alguno a los padrastros y madrastras en la sucesión del vástago del cónyuge.

De ahí que se hayan formulado diversas opiniones para revisar el resultado alcanzado en derecho californiano, proponiendo reformas legislativas. Mahoney²⁷ sostiene que la solución de California es demasiado poco inclusiva, y propone cuatro parámetros que permitan ampliar el número de legitimados: la relación con el causante debe haberse iniciado durante la minoría de edad del hijastro o hijastra, debe existir una relación familiar *de facto* (aspecto cualitativo), sin tener en cuenta si ha concurrido o no

²⁵ § 6454 California Probate Code: «For the purpose of determining intestate succession by a person or the person's issue from or through a foster parent or stepparent, the relationship of parent and child exists between that person and the person's foster parent or stepparent if both of the following requirements are satisfied:

(a) The relationship began during the person's minority and continued throughout the joint lifetimes of the person and the person's foster parent or stepparent.

(b) It is established by clear and convincing evidence that the foster parent or stepparent would have adopted the person but for a legal barrier».

²⁶ GARY, Susan N, «Adapting Intestacy Laws to Changing Families», *Law & Inequality*, 2000, p. 57 ss, expone cómo de este modo se ha tergiversado la idea inicial de quienes propiciaron la regulación californiana. Más críticas, en BOWMAN, Cynthia Grant, «The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren», *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20/3, 2012, p. 447.

²⁷ MAHONEY, Margaret M, «Stepfamilies in the Law of Intestate Succession and Wills», *University of California at Davis Law Review*, 1989, p. 917 ss.

voluntad de adoptar, y los padrastros y madrastras deben tener también derechos sucesorios Hanson²⁸ ha defendido que lo procedente sería que el tribunal analizara si entre el causante y el hijastro o hijastra ha existido una relación como de padre e hijo, para lo que podrían establecerse algunas presunciones: que el causante no pudo legalmente adoptar al hijo del cónyuge, que la duración de la relación ha perdurado más allá de la mayoría de edad y que cuanto menor edad tenía el hijo del cónyuge al iniciar esta la relación con el causante más fuerte es la presunción de la existencia de ese trato paterno-filial. Feigenbaum²⁹, quien también se decanta por exigir que el trato familiar entre causante e hijastro o hijastra se haya iniciado en la minoridad de estos, propone una escala para determinar su participación en la sucesión, de modo que a mayor número de años de trato familiar, mayor cuantía de la cuota en la herencia para el hijastro o hijastra, con el argumento que las estadísticas demuestran que en las segundas parejas la tasa de separación y divorcio es aún mayor. Por último, vamos a referirnos a Cremer³⁰, quien defiende que la sucesión intestada del hijastro o hijastra debe fundamentarse en la relación paterno-filial trabada entre ellos, para cuya valoración enumera una serie de factores a tomar en consideración: la edad en que comenzó el trato, considerando que si empezó en la mayor edad las probabilidades de verdadero trato familiar disminuyen notablemente; la duración del matrimonio entre el progenitor y el causante, si el causante tenía hijos naturales y cuál era la relación comparativa en el trato con el hijastro o hijastra, si este cuidó al causante en su vejez como si fuera el hijo, la frecuencia de la convivencia, la designación como «padre» o «madre», si lo hubiera adoptado de no existir un impedimento legal, si se mantuvo la relación tras el fallecimiento o el divorcio del progenitor, o si el causante ayudaba económicamente al hijastro o hijastra al tiempo del fallecimiento. Sostiene la autora que, ante la diversidad de las familias reconstituidas, el test de factores ofrece una mayor flexibilidad para valorar si concurre el trato familiar y, así, incrementar el número de posibles sucesores.

Otros estados norteamericanos, en los casos en que consideran equitativo que los hijastros e hijastras sucedan, ante la ausencia de norma legal, intentan asirse a la noción de *equitable adoption*, una doctrina jurisprudencial que permite tratar como a hijo a quien se pretendía adoptar habiéndose ya firmado el contrato de adopción, pero sin que esta pudiera completarse, e incluso ocasionalmente sin tal contrato ni promesa

²⁸ HANSON, Thomas M, «Intestate Succession for Stepchildren: California Leads the Way, but Has It Gone Far Enough?», *Hastings Law Journal*, 1995, p. 257 ss.

²⁹ FEIGENBAUM, Kim A, «The Changing Family Structure: Challenging Stepchildren's Lack of Inheritance Rights», *Brooklyn Law Review*, 2000, p. 167 ss.

³⁰ CREMER, Terin Barbas, «Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren And Stepparents», *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2011, p. 89 ss.

de contrato. En general la doctrina rechaza esta teoría por su subjetivismo que conduce a una excesiva incertidumbre sobre cuál será la decisión del juez³¹. En todo caso, es una muestra de la búsqueda de soluciones para resolver casos en que el resultado se percibe como injusto.

4. ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA EVENTUAL REFORMA LEGISLATIVA

Una propuesta de reforma legislativa destinada a reconocer derechos sucesorios legales a los miembros de familias reconstituidas sin lazos de consanguinidad exige una enorme cautela. Como hemos subrayado, no hay un único modelo de familia reconstituida, sino que, al contrario, las tipologías son muy variadas. No es lo mismo una familia reconstituida en la que uno de los cónyuges o convivientes aporta hijos que no tienen otro progenitor que aquella en la que los hijos del cónyuge o conviviente tienen el otro progenitor que, además, ejerce los derechos y deberes inherentes a su paternidad o maternidad. Por ello, ya de entrada reconocemos la imposibilidad de formular una propuesta que valga para toda familia reconstituida. Por el contrario, la prudencia aconseja considerar únicamente aquellas situaciones que puedan generar la máxima aceptación³². Por otra parte, pensamos que los datos estadísticos empujan a tratar de ofrecer alguna propuesta; si en 2011 podía calcularse que un 7,5% de las familias españolas son etiquetables como reconstituidas y este porcentaje dobla el de 2001, no es temerario pensar que ese porcentaje debe superar hoy el 10%.

La situación actual debe considerarse insatisfactoria para un número importante de familias reconstituidas. La hijastra que ha convivido con el marido de su madre desde la tierna infancia, que ha sido tratada como hija, que ha continuado viviendo con su padrastro tras el fallecimiento de su madre, que se han cuidado mutuamente en los momentos de enfermedad o en la vejez, carece de cualquier derecho sucesorio legal. Ni será heredera abintestato ni tendrá derecho a reclamar ninguna legítima; lo que es

³¹ ENGEL, Margorie, «Pockets of Poverty: The Second Wives Club - Examining the Financial (In)Security of Women in Remarriages», *William & Mary Journal of Women and the Law*, pp. 355-359; HIGDON, Michael J, «When Informal Adoption Meets Intestate Succession: The Cultural Myopia of the Equitable Adoption Doctrine», *Wake Forest Law Review*, 2008, p. 223 ss; JOHNSON, Irene D, «Succession in Nontraditional Family Arrangements: Taking the "Adoption" (and the Inequity) Out of the Doctrine of "Equitable Adoption"», *Saint Louis University Law Journal*, 2009, p. 271 ss; CREMER, «Reforming», op. cit., p. 96; WEISSER, Jamie P, «Virtual Adoption: The Inequities of the Equitable Doctrine», *Nova Law Review*, 2011, p. 549 ss

³² No puede descartarse que, como indica MALIA, Sarah E C, «Balancing Family Members' Interests Regarding Stepparent Rights and Obligations: A Social Policy Challenge», *Family Relations*, 2005, vol. 54, No 2, p. 308, que una regulación legal sirva para normalizar el rol dentro de la familia de padrastros y madrastras y de hijastros e hijastras y que, por decantación, acaben por institucionalizarse unas pocas tipologías de familias reconstituidas.

peor, en la sucesión intestada, los colaterales más lejanos, aunque no guardaran relación familiar con el causante, serían llamados a la herencia, en detrimento de quien fue tratada como hija (lo que los norteamericanos denominan un *laughing heir*), e incluso el Estado heredaría antes que la hijastra. Ciertamente que el causante podría haber otorgado testamento y prever la situación, pero no todo el mundo testa, por diversas razones. Si la herencia se defiere intestada de acuerdo con las preferencias de distribución de la herencia que el legislador presupone en un testador medio, creemos que es poco cuestionable que la mayoría de padrastrós preferirían que la herencia la adquiriese la hijastra antes que el Estado, y muy probablemente antes que los colaterales más lejanos³³.

Susana Navas³⁴ ha señalado críticamente la asimetría que se produce en la protección jurídica de los hijos del matrimonio según sean comunes o no, dando lugar, según su parecer, a discriminación. No compartimos totalmente esta afirmación, por razón de que no hay un único modelo de familia reconstituida; sí la compartimos cuando se trata de los casos modelo en que la integración del hijastro o hijastra ha sido total, pero el problema es que este no es el paradigma. Por ello pensamos que, cuanto menos en derecho de sucesiones, hay que hilar más fino.

La propuesta que ofrecemos distingue entre la sucesión abintestato y la legítima. Ambas tienen su problemática específica que aconseja un trato diferenciado. Pero, para ambas, hay que partir de los pocos datos legales de que disponemos. Estos datos legales indican que, para ser considerado miembro de la familia, en particular para ser parte en la economía familiar, tanto a nivel de computar entre los gastos familiares como para contribuir a ellos, se exige la convivencia; pero, si se trata, además, de reconocer un derecho –la titularidad de la potestad. Entonces se exige una convivencia cualificada por una determinada duración. Por consiguiente, entendemos que la convivencia debe ser exigida siempre para que se reconozca cualquier derecho sucesorio legal, sin perjuicio de perfilar con más detalle el concreto derecho sucesorio si la convivencia resulta cualificada por su duración. Hay que tener en cuenta que las investigaciones sociológicas aventuran una emancipación más temprana de los hijos de

³³ Como indica PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Familias ensamblada, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato* ¿Una ecuación lineal?», *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 75: «el reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna».

³⁴ NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor», op. cit., p. 685.

familias reconstituidas, interrumpiéndose la convivencia y evidenciando que el vínculo es más quebradizo³⁵.

Esta convivencia no exige más requisitos que la que se exige a los miembros de una familia nuclear cualquiera, es decir, es compatible con períodos de separación más o menos dilatados por razón de estudios, trabajo, salud o similares. Pero entendemos que, tratándose del reconocimiento de derechos legales, debe requerirse un plus de probabilidad en la existencia de verdaderos lazos similares a los existentes entre progenitores e hijos por naturaleza, de ahí que postulemos restringir los derechos sucesorios a quienes han iniciado la convivencia con el causante siendo menores de edad, pues la experiencia estadística así lo evidencia³⁶.

4.1. Sucesión intestada

En nuestra opinión, mediante la oportuna reforma legal, es factible reconocer derechos en la sucesión intestada a los miembros de las familias recompuestas. La propuesta que formulamos es múltiple, con tres planos que no son necesariamente incompatibles entre ellos, sino que cabría su acumulación. Solo el tercero, el más ambicioso, exige una reforma de más calado con el fin de evitar contradicciones en la regulación de la intestada.

Siguiendo el modelo que proporciona el *Uniform Probate Code*, es razonable que antes de que la herencia se difiera al Estado, sea llamado como heredero el hijo o hija del cónyuge o conviviente, y a la inversa. Por tenue que sea el vínculo afectivo entre el padrastro o madrastra y el hijastro o hijastra, la sucesión del Estado se produce cuando no hay ni cónyuge ni parientes para evitar que los bienes queden vacantes, y por ello es preferible que suceda quien carece de vínculo de parentesco, pero es más cercano en el hipotético afecto del causante como consecuencia de la convivencia, que no el Estado.

Ahora bien, si la convivencia es cualificada, porque ha durado un tiempo que pueda considerarse como significativo de la existencia de lazos afectivos como los que se dan en la filiación por naturaleza, entonces cabría, por lo menos, situar al hijastro o hijastra

³⁵ RIVAS RIVAS, «El ejercicio de la parentalidad», op. cit., p. 34. Sobre lo variado también en Norteamérica de las familias reconstituidas, GANONG, Lawrence H, COLEMAN, Marilyn, JAMISON, Tyler B, «Patterns of Stepchild – Stepparent Relationship Development», *Journal Marriage & Family*, 2011, núm. 73, p. 396 ss.

³⁶ La convivencia desde la minoridad es exigida en la sección 6454(a) del *California Probate Code*, como ya hemos visto, y es un factor en el que han insistido autoras como MAHONEY, «Stepfamilies», op. cit., p. 930, o CREMER, «Stepfamily», op. cit., p. 98.

–y al padrastro o madrastra– de manera preferente a los colaterales. En el actual marco legal, colocarlo en un lugar más preferente plantearía problemas de coordinación con otros artículos. En efecto, tanto en el CC como en el CCCat hemos comprobado que hay normas que pretenden evitar el posible conflicto entre los hijos del causante y los de su cónyuge o conviviente, en materia de conmutación del usufructo viudal (art. CC) o de renuncia a la herencia intestada para que sea heredero el cónyuge o conviviente (art. 442-2.2 CCCat). Este plazo debería ser, como mínimo, de dos años, que es el plazo que el art. 236-15.3 CCCat estipula para que el padrastro o madrastra pueda obtener un régimen de relación con el hijastro o hijastra.

Solo si se dan las circunstancias del art. 236-15.2 CCCat, es decir, si la autoridad judicial, existiendo el otro progenitor por naturaleza, concede la guarda al padrastro o madrastra sobre el hijastro o hijastra, y en estas circunstancias han seguido conviviendo durante otro plazo –como mínimo, dos años más–, estaría justificado, en el marco legislativo vigente, que aquel o aquella y este o esta fueran equiparados al progenitor o al hijo o hija y ocuparan tal lugar en los órdenes de la sucesión intestada, aun concurriendo con hijos por naturaleza o adoptivos.

Y, en todo caso, el causante siempre tiene la posibilidad de excluir a ese llamado de la sucesión intestada (expresamente lo prevé el art. 423-10 CCCat)³⁷.

Con esta propuesta, no nos alejamos del sistema de factores que se propone en Estados Unidos por algunos autores, pero se reduce el subjetivismo, por cuanto se trata de factores que descansan sobre hechos objetivos. En efecto, el resultado definitivo de la propuesta que formulamos, basado en la convivencia con el hijastro o hijastra para preceder en la sucesión al Estado, en la precedencia a los colaterales si la convivencia es cualificada por un plazo de convivencia, y en la equiparación con los hijos por naturaleza o adoptivos si la autoridad judicial ha otorgado la guarda y se persiste en la convivencia, no supone sino una objetivación del sistema de factores, es decir, los hijastros e hijastras y los padrastrós y madrastras sucederían abintestato siempre que:

- A) Se trate de hijos del cónyuge o la pareja de hecho, que hubieren convivido, habiéndose iniciado la convivencia en la minoría de edad del hijastro o hijastra;
- B) El padrastro o la madrastra hayan asumido la posición de progenitores de ese hijastro, como si fuera su propio hijo o hija, lo que justifica la preferencia a los parientes más distantes o incluso el trato equiparado al de un hijo o hija.

³⁷ Véase CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, 2000.

Puesto que la guarda ya conlleva los deberes inherentes a la potestad parental, tendríamos una manera más directa de probar que el causante y el hijo o hija de su cónyuge o conviviente se han tratado a manera de padre o madre e hijo o hija, sin tener que acudir a la siempre difícil prueba de elementos intencionales y de sentimientos³⁸.

4.2. La legítima

Reconocer derechos legitimarios a los hijastros e hijastras, o a sus padrastros o madrastras en aquellos ordenamientos jurídicos que mantienen la legítima de los progenitores, es una tarea harto más compleja. Si los tipos de familia reconstituida son diversos, también lo son los distintos sistemas legitimarios, en particular los que coexisten en España. Y en unos la inserción de los hijastros o hijastras plantea dificultades mayores. En efecto, en aquellos sistemas en que la legítima se materializa en un derecho a una porción de bienes hereditarios, la introducción de los hijastros o hijastras puede dar lugar a conflictos insolubles entre hermanastros que se convertirían en cotitulares de los bienes hereditarios, si entre dichos hermanastros no se han originado verdaderos lazos afectivos. Si, como subrayaban los juristas del derecho común, *communio pariat discordias etiam inter dilectissimos fratres*³⁹, qué puede acontecer entre hermanos que no comparten el progenitor. Por el contrario, no se generaría tanta dificultad en un sistema en que la legítima consiste en un derecho de crédito autónomo de cada legitimario contra la herencia. La probabilidad de disputas seguramente alcanzaría su mínimo en un sistema como el aragonés de legítima colectiva con derecho de alimentos para los legitimarios no preferentes.

Salvo en los sistemas de legítima colectiva con otorgamiento de un derecho de alimentos cuando concurren los requisitos para ello, la legítima es una e idéntica para todos los legitimarios. Por supuesto que el Código Civil tiene como seña de identidad a la mejora, pero esta supone una desigualación entre los legitimarios por arriba, pues por abajo, en cuanto al tercio de legítima estricta concierne, el reparto es igualitario entre todos los legitimarios. Por ello, resulta difícil justificar un derecho legitimario de contenido distinto para una hipotética categoría de legitimarios nueva, los hijastros e hijastras (y los padrastros y madrastras en aquellos derechos civiles que siguen

³⁸ A pesar de que en España la prueba de la relación a manera de progenitor e hijo o hija tiene una contrastada tradición en la posesión de estado, que en el Código Civil todavía es nuclear en el ejercicio de las acciones de filiación (art. 131 CC), hasta el punto de que mediante la posesión de estado puede probarse la misma filiación (art. 113 CC).

³⁹ Por ejemplo, FONTANELLA, Joannes Petrus, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, t. I, *Decisio* 280, *sumptibus Perachon & Cramer, Coloniae Allobrogum*, 1735.

concediendo legítima a los ascendientes). Dos tipos de legítima para distintas categorías de legitimarios no parece una opción deseable sin una modificación radical del sistema legitimario, con la excepción ya indicada de los casos de legítima colectiva.

A ello debe añadirse una tercera dificultad: salvo en Cataluña, el cónyuge del causante es legitimario, y esa legítima suele consistir en una cuota de la herencia en usufructo. Por lo tanto, pueden concurrir como legitimarios los hijos e hijas del causante y el cónyuge o conviviente de este, aquellos como propietarios en función de su cuota hereditaria, este como usufructuario de una cuota (del tercio de mejora de acuerdo con el art. 834 CC, de la mitad de los bienes conforme al art. 52.1 LDCV o universal según la ley 255 FNN, por citar tres extensiones de la legítima viudal). Si las relaciones entre hijastros o hijastras y el cónyuge o conviviente de su progenitor no eran especialmente afectivas, el reconocimiento de derechos legitimarios en la familia reconstituida sin más puede, por consiguiente, devenir una fuente inacabable de conflictos. En particular, pues, y de *lege ferenda*, debe evitarse que concurra a la sucesión el padrastro o madrastra como usufructuario y los hijastros o hijastros como nudo propietarios⁴⁰.

Por estas razones, entendemos que, por lo menos en una primera fase, los derechos legitimarios solo deberían reconocerse a los hijastros e hijastras en la herencia de los padrastros o madrastras (y viceversa) en un supuesto: el de la plena integración, con igualdad de trato con los hijos por naturaleza, en la nueva familia reconstituida del causante. En nuestra opinión, creemos que esta plena integración debe objetivarse. Es cierto que últimamente se aprecia una tendencia a valorar el comportamiento subjetivo en el derecho de sucesiones, mediante la causa de desheredación del CCCat consistente en la falta de trato familiar imputable exclusivamente al legitimario (art. 451-17.e) o la inclusión del maltrato psicológico en el número 3 del art. 855 CC⁴¹. Pero si estas causas ya suponen una tensión probatoria y un conjunto de fallos no siempre previsibles, la evidencia de que el hijastro o hijastro ha sido tratado como un «child of the family» a la manera que hemos comprobado en la *family provision* puede entrañar un aumento de la conflictividad inoportuno. Por ello, nos parece más indicado retornar a las opciones que ya proporciona el derecho vigente. Entre ellas, está que el cónyuge o conviviente del progenitor asuma las funciones de la potestad paternal. De este modo, creemos que una propuesta como la siguiente podría generar un consenso suficiente.

⁴⁰ Véanse las reflexiones para el derecho de Luisiana de DAMPF, Katherine H, «Happily Ever After: Eliminating the 890 Usufruct to Protect the Blended Family», *Louisiana Law Review*, 2014, p. 899 ss.

⁴¹ Al respecto, VAQUER ALOY, Antoni, «Acercas del fundamento de la legítima», *InDret*, 2017/4, y allí más referencias.

Sería legitimario el hijastro o hijastra (y a la inversa lo sería el padrastro o madrastra en la sucesión de aquel cuando el progenitor sea reconocido como legitimario) si concurren cumulativamente los siguientes requisitos:

- a) El hijastro o hijastra ha convivido con el causante;
- b) La convivencia se ha iniciado durante la minoría de edad de hijastro o hijastra;
- c) El padrastro o madrastra ha asumido el ejercicio de las funciones propias de la potestad parental (con titularidad o sin ella); y
- d) Tras la asunción de las funciones parentales la convivencia se ha prolongado otros dos años.

Si concurren los cuatro requisitos anteriores, el hijastro o hijastra se convierte en un legitimario más, sin distinción alguna con los hijos por naturaleza del causante. No debe haber una legítima de menor rango. Ahora bien, como el lazo afectivo no es directo sino mediante el progenitor pareja del causante, el cese de la convivencia entre causante y progenitor que es causa de extinción de la legítima del cónyuge debe suponer, también, la pérdida de la legítima del hijastro o hijastra, salvo que, pese a la ruptura, este siga conviviendo con el padrastro o madrastra.

5. CONCLUSIONES

Parece inevitable que, si el concepto de familia nuclear ya no se basa, solo, en la consanguinidad de sus miembros, sino que la realidad muestra la creciente frecuencia de una realidad plural y compleja como son las familias reconstituidas, uno de los aspectos unidos íntimamente a la familia, como es la sucesión por un título legal, no puede basarse únicamente, como hasta ahora, en la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva. Así como el abandono de las restricciones en materia de adopción tuvieron su traducción en la sucesión, lo mismo debe acabar sucediendo con las familias recompuestas: su reconocimiento, tímido por el momento, en el ámbito familiar, tendrá que reflejarse en el ámbito de la sucesión.

Sin embargo, la pluralidad de modelos de familia recompuesta dificulta llevar a la práctica este propósito. De ahí que la propuesta que formulamos sea prudente, pues no se trata de acuciar las disputas dentro de las familias por la herencia. Esta propuesta pasa por tratar de modo diferenciado la sucesión intestada y la legítima, atendiendo a las finalidades de una y otra institución y a su regulación actual en los distintos ordenamientos civiles que conviven en España, procurando que no sean necesarias reformas de calado que alteren la idiosincrasia de cada uno y el encaje de esta nueva

realidad familiar no ocasione distorsiones excesivas. Para ello hemos tomado en consideración los requisitos que ya actualmente se exigen a las familias reconstituidas para el reconocimiento de determinados efectos jurídicos. El ánimo ha sido el de objetivar las circunstancias bajo las cuales puede entenderse que procede tratar al hijastro o hijastra como al hijo o hija por naturaleza. Con estos mimbres, es posible elaborar una propuesta cauta, que, en el caso de la sucesión intestada, a su vez, admite distintas variantes. Entendemos que, en cualquier caso, el hijastro o hijastra debe ser preferente en la sucesión intestada al Estado o la Comunidad Autónoma. Pero la total equiparación, tanto para la sucesión abintestato como para la legítima, se limita a los supuestos más evidentes de integración total. Creemos que la clave radica en cohonestar el derecho de familia con el derecho de sucesiones, lo que debe conducir al reconocimiento cadencioso de derechos sucesorios legales en las familias reconstituidas.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014.

BOSCH I CARRERA, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del dret de família*, Girona, 2005, p. 241 ss

BOWMAN, Cynthia Grant, «The New Illegitimacy: Children of Cohabiting Couples and Stepchildren», *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20/3, 2012, p. 447.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, 2000.

CREMER, Terin Barbas, «Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren And Stepparents», *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2011, p. 89 ss.

DE GROOT, John, NICKEL, Bruce, *Family Provision in Australia*, 5ª ed, Lexis-Nexis, Chastwood, 2017, 4.35 ss.

DÍAZ ALABART, Silvia, «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 839 ss

DUPLÁ MARÍN, Mª Teresa, «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2012, núm. 3, p. 601 ss

DUPLÁ MARÍN, Mª Teresa, «La autoridad familiar del padraastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 2010, p. 61 ss.

ENGEL, Margorie, «Pockets of Poverty: The Second Wives Club - Examining the Financial (In)Security of Women in Remarriages», *William & Mary Journal of Women and the Law*, pp. 355-359;

FEIGENBAUM, Kim A, «The Changing Family Structure: Challenging Stepchildren's Lack of Inheritance Rights», *Brooklyn Law Review*, 2000, p. 167 ss.

GANONG, Lawrence H, COLEMAN, Marilyn, JAMISON, Tyler B, «Patterns of Stepchild – Stepparent Relationship Development», *Journal Marriage & Family*, 2011, núm. 73, p. 396 ss.

GARRIGA GORINA, Margarita, «Les relacions paterno-filials de fet», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, p. 9 ss.

GARRIGA GORINA, Margarita, «Les relacions paterno-filials de fet (II)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005.

GARY, Susan N, «Adapting Intestacy Laws to Changing Families», *Law & Inequality*, 2000, p. 57 ss

HANSON, Thomas M, «Intestate Succession for Stepchildren: California Leads the Way, but Has It Gone Far Enough?», *Hastings Law Journal*, 1995, p. 257 ss.

HIGDON, Michael J, «When Informal Adoption Meets Intestate Succession: The Cultural Myopia of the Equitable Adoption Doctrine», *Wake Forest Law Review*, 2008, p. 223 ss;

JOHNSON, Irene D, «Succession in Nontraditional Family Arrangements: Taking the "Adoption" (and the Inequity) Out of the Doctrine of "Equitable Adoption"», *Saint Louis University Law Journal*, 2009, p. 271 ss;

KERRIDGE, Roger, *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, 13ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2016, 8-64 a 8-68

LAUFER-UKELES, Pamela, BLACER-PRIGAT, Argelet, «Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood», *George Mason Law Review*, 2013, p. 419 ss

LAUROBA LACASA, Mª Elena, art. 236-14, en Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (coord.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014

MAHONEY, Margaret M, «Stepfamilies in the Law of Intestate Succession and Wills», *University of California at Davis Law Review*, 1989, p. 917 ss.

MALIA, Sarah E C, «Balancing Family Members' Interests Regarding Stepparent Rights and Obligations: A Social Policy Challenge», *Family Relations*, 2005, vol. 54, No 2, p. 308

MENNELL, Robert L, BURR, Sherri L, *Wills and Trusts in a Nutshell*, 5ª ed., West, St Paul, MN, 2017

NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del libro segundo del CCC, relativo a la persona y la familia», en Reyes

Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 617 ss.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Child's Life, Step-Family and Decision-Making Process —European Overview», *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, núm. 2, p. 63

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Familias ensamblada, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato* ¿Una ecuación lineal?», *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 75:

PROBERT, Rebecca, «Who Will Benefit When We Are Gone? », en Birke Häcker, Charles Mitchell (ed.), *Current Issues in Succession Law*, Hart, Oxford, 2016, pp. 35-41.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia», en id. (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2010, pp. 25-26.

RIVAS RIVAS, Ana M^a,

RIVAS RIVAS, Ana M^a, «El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas», *Portularia*, 2012, vol. XII, p. 30 ss

RIVAS RIVAS, Ana M^a, «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», p. 226 ss (disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51585.pdf>; fecha última consulta 30.11.2017).

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «El *status* jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 2187 ss

ROCA TRIAS, Encarna, «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, p. 1055 ss.

ROCA TRIAS, Encarna, «La regulació de les famílies "recomposades" o "reconstituïdes"», Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del dret de família*, Girona, 2005, p. 213 ss

ROSS MARTYN, John G, *et al*, *Theobald on wills*, Sweet & Maxwell, London, 2016, 11-047 y -048

SAWYER, Caroline, SPERO, Miriam, *Succession, Wills and Probate*, Routledge, London, 2015, 15-13

SLOAN, Brian, *Borkowski's Law of Succession*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 269.

TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros: Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2011.

TAMAYO HAYA, Silvia, «El reconocimiento por el derecho de las familias recompuestas», en Ramón Herrera Campos, Miguel Á. Barrientos Ruiz (coord.), Universidad de Almería, *Derecho y familia en el siglo XXI*, 2011, p. 147 ss.

VAQUER ALOY, Antoni, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 67 ss.

VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, 2007/3.

VAQUER ALOY, Antoni, «Los límites a la autonomía privada en el derecho de sucesiones», en M^a Ángeles Parra Lucán (dir.), *La autonomía privada en el derecho civil*, Cizur Menor, 2016.

VAQUER ALOY, Antoni, «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret*, 2017/4

WEISSER, Jamie P, «Virtual Adoption: The Inequities of the Equitable Doctrine», *Nova Law Review*, 2011, p. 549 ss

WILSON, Samantha, «Stepchildren's Claims under Family Provision Legislation: A comparison Between New Zealand and New South Wales», *New Zealand Law Students' Journal*, 2010, p. 311 ss.

Fecha de recepción: 29.10.2017

Fecha de aceptación: 19.12.2017