

# DEBERES Y DERECHOS ENTRE PADRASTROS E HIJASTROS (PROPUESTA NORMATIVA)

*Luis David Durán Acuña*

## INTRODUCCIÓN

**N**ADIE ES tan malo como los padrastros en el imaginario popular de Occidente. El odio, el rencor, la envidia, la traición, la mezquindad, son algunos de los calificativos que configuran su perfil en la literatura, y sin embargo, en el mundo real de la familia ese pariente no tiene ni peores ni mejores sentimientos que cualquiera de nosotros, las madres y los padres consanguíneos.

Hemos sido testigos de que al interior de las modernas estructuras sociales ha proliferado la llamada *familia ensamblada* o *reconstituida*. Aun cuando es una familia corriente como muchas, su particularidad radica en el hecho de que los miembros de la nueva pareja llegan al reciente hogar con sus hijos menores, si los tienen, y muchas veces también con los mayores, habidos en otra unión, y desde luego procrean hijos comunes, para existir todos en verdadera comunidad de vida permanente, bajo la estructura de núcleo familiar.

La abundancia de *familias ensambladas* parece no haber propiciado en muchos ordenamientos jurídicos del orbe una importante actividad de acomodamiento a la nueva realidad familiar. Persiste en muchos esa desconfianza ancestral hacia los padrastros, de suerte que ellos siguen siendo, como desde hace tiempo, un convidado de piedra en la dirección del desarrollo personal y existencial de los hijos de su consorte. Esta manera de ser del derecho es discordante con la evolución que ha tenido en otros aspectos y que constituye, desde luego, uno de los factores generadores de esta estructura de familias. Sin duda, la tendencia más común ha sido la de brindar grandes facilidades tanto para la unión como para la desunión en pareja, reconociendo la ley, con plenitud de efectos, las varias uniones sucesivas, matrimoniales o extramatrimoniales, durante la vida de una persona; además, ya no es una reivindicación aguerrida la no discriminación entre los hijos habidos en diversas uniones, gracias al principio universal de igualdad entre todos los hijos frente a sus padres, sin miramientos a las circunstancias de su concepción o de su nacimiento; las sociedades modernas se liberaron, así, de su lastre de censura frente a las uniones no matrimoniales y del vergonzoso rechazo a los hijos habidos en ellas; también se despojaron a los ojos de todos de esa carga moral que era la de continuar guardándole fe al cónyuge aun después de muerto.

Observamos, pues, un gran silencio en el derecho a propósito de temas tan particulares como en aquellos que pudieran ser críticos en cuanto generadores de eventuales conflictos en el seno de la *familia ensamblada*, ese sería el caso de las relaciones jurídicas entre los hijos de una persona y su reciente consorte, que es el punto que ahora nos ocupa. Mientras que a propósito de la que cabría

denominar *familia consanguínea* encontramos abundantes textos que regulan con lujo de detalles los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, los hijastros y sus padrastrós son abandonados a su propia suerte por el ordenamiento; más aún, ni siquiera mediante atrevidas interpretaciones de los textos legales podría concluirse que, por analogía, son aplicables a la *familia ensamblada* las mismas reglas que se predicán de la *familia consanguínea* en lo relativo al desarrollo de la vida familiar. En realidad, en los ordenamientos contemporáneos, al cónyuge o al compañero de aquel que tenga hijos de otra unión anterior o concomitante poca o ninguna injerencia se le concede sobre los destinos de los hijos de su cónyuge; apenas si se le escucha judicialmente, y no se le confiere ni deber ni derecho correlativo para participar en la dirección de los destinos de sus hijastros; sin embargo, el derecho le impone no sólo la codirección del hogar al que también pertenecen los hijos de su pareja, sino también la solidaridad, cuando no la exclusividad, en las cargas económicas cotidianas que favorecen también a estos. Al mismo tiempo y como una observación *a priori*, hemos presenciado en muchas *familias ensambladas* de nuestro entorno que con frecuencia los padrastrós usurpan, y con buen desempeño, el papel que corresponde a los verdaderos padre o madre, como una manifestación elemental de solidaridad humana.

Estamos convencidos que esta manera de ser del ordenamiento debe ser revisada y, desde luego, replanteada. Nos parece que los padrastrós han de tener un papel jurídico preponderante en el desarrollo de la vida familiar frente a los hijos de su cónyuge, si conviven con ellos; creemos en una participación activa fundada en la ley y no en la mera liberalidad; en un compromiso que no se escoge sino que se acepta desde el momento mismo en que se decide la unión en pareja, en fin, en una responsabilidad jurídica cabal, con sometimiento a condiciones legales particulares y específicas, ineluctable y coercible. Desde luego, será necesario confrontar las muchas ideas al respecto, y para activar el debate hemos elaborado, para sustentarla, una hipótesis de trabajo.

## I. LA HIPÓTESIS

PROPUESTA DE TEXTO LEGAL: “Los derechos y deberes personales conferidos a los padres por la ley se extiendan, en ausencia, inhabilidad o muerte de uno de ellos, al actual cónyuge o compañero permanente de aquel de los padres que tenga los hijos menores bajo su cuidado personal, durante todo el tiempo que perdure la unión y mientras permanezcan en minoría de edad. En iguales condiciones se extienden los deberes patrimoniales en favor del entenado, estando sujeto el cónyuge o compañero permanente que deba administrar bienes del menor a las mismas reglas que la ley impone a los guardadores. En caso de ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres luego de contraídas las nuevas nupcias o de iniciada la nueva unión marital los derechos y deberes conferidos se mantendrán mientras el juez asigna un curador especial al menor”.

Tomando como punto de referencia el derecho colombiano, para verificar la validez de la hipótesis propuesta, creemos lógico referirnos, primeramente, al estado actual del derecho positivo general aplicable en forma directa o indirecta a la *familia ensamblada*, y, en segundo lugar, presentar el contenido específico de la hipótesis, oportunidad en la que argumentaremos para sustentarla racionalmente.

## II. EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO EN TORNO A LA FAMILIA ENSAMBLADA

EL DERECHO COLOMBIANO NO ES UNA excepción a la actitud pasiva de otros ordenamientos en torno a los destinos en el interior de la *familia ensamblada*. No hay, ciertamente, un conjunto armónico y completo de reglas especiales aplicables a ellas, y sin embargo, el ordenamiento no guarda un silencio absoluto; de manera aislada encontramos ciertas reglas que entran en juego con propósitos muy diversos; en ocasiones se trata de impedir intromisiones fastidiosas en el nuevo hogar, otras veces se busca proteger los derechos personales y patrimoniales de los hijos de precedente unión, y, muy pocas veces, asimilarlos como otros miembros más de la nueva familia; en ocasiones simplemente se pretende restringir ciertas conductas en razón del orden público jurídico. Con todo, casi nada se dice a propósito de deberes y derechos de todo orden entre los padrastros y sus hijastros.

Sin hacer un recuento total de las reglas que directa o indirectamente se aplican a la *familia ensamblada*, creemos importante resaltar entre ellas la conformación del parentesco y sus resultas, el régimen legal previsto para el caso de nuevas nupcias, y, finalmente, otras reglas especiales en torno a las relaciones entre la nueva pareja y los hijos de cada uno de sus miembros.

### A. EL ESTABLECIMIENTO DE LAZOS DE PARENTESCO Y SUS RESULTAS

DESDE SUS ORÍGENES REPUBLICANOS, el parentesco se estructura en el derecho colombiano, entre otros, por el hecho de la unión en pareja, matrimonial y no matrimonial, y por el hecho de la procreación. Establecido el parentesco entre dos personas, aparece de rebote y por causa del mismo una serie importante de consecuencias jurídicas.

#### 1. *El parentesco en el seno de la familia ensamblada*

Uno de los efectos personales iniciales en este tipo de familias es la creación de lazos de parentesco disímiles entre sus miembros. Así, por expresa disposición legal, cada uno de los cónyuges o de los compañeros permanentes establece el parentesco por afinidad de primer grado en línea directa con los hijos de su cónyuge o compañero permanente<sup>1</sup>, y, desde luego, el parentesco consanguíneo en idéntico grado y línea con los hijos comunes de la nueva pareja<sup>2</sup>; además, entre la prole surge el parentesco consanguíneo de segundo grado en línea colateral u oblicua, denominado de doble o de simple conjunción, paterno y/o materno, según tengan en común uno o ambos progenitores<sup>3</sup>; el parentesco por afinidad y el consanguíneo son calificados en el derecho colombiano según el tipo de unión en pareja de donde surgen, siendo denominados entonces matrimonial o extramatrimonial. Por último, es preciso decir que entre los hijos que cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes lleve al nuevo hogar, habidos en precedente unión, no surge ningún tipo de parentesco.

<sup>1</sup> Arts. 47 y 48 C. C.

<sup>2</sup> Arts. 35 a 43 C. C.

<sup>3</sup> Arts. 54 y 55 C. C.

Fijados así los lazos de parentesco en la *familia ensamblada*, entre los parientes consanguíneos y afines surgen, principalmente, las siguientes consecuencias:

### 2. Derecho de ser consultado y escuchado

En ocasiones el ordenamiento colombiano le impone al juez el deber de escuchar a los parientes de una persona, en especial para la toma de ciertas decisiones; así ocurre cuando se trata de confiar el cuidado personal de los hijos menores a personas diferentes a sus padres<sup>4</sup>, o de suspender o privar a estos de la autoridad parental –antigua patria potestad– sobre sus hijos menores<sup>5</sup>, o de designar el guardador a quien debe estar sujeto a tutela o curatela<sup>6</sup>, por ejemplo. Entonces, tanto los colaterales hermanos de doble o simple conjunción como los afines en primer grado deben ser escuchados dentro del proceso respectivo, antes de la toma de cualquier decisión por el juez; los hermanos lo serán en ausencia de ascendientes y descendientes de la persona a proteger, y los parientes afines en primer grado, en ausencia de los hermanos; para escucharlos, y salvo la prelación de llamado a los parientes establecida legalmente, ninguna otra condición impone el ordenamiento.

### 3. Impedimentos e inhabilidades

Otra de las consecuencias de la relación del parentesco consanguíneo y por afinidad al interior de la *familia ensamblada* es la determinación legal de inhabilidades e impedimentos para el cumplimiento de ciertos actos jurídicos y para el ejercicio de algunas funciones públicas o privadas de interés público. Impedimentos e inhabilidades hay muchos en nuestro ordenamiento, por lo que apenas citaremos tres ejemplos.

Resaltamos primeramente los impedimentos en materia matrimonial. El ordenamiento impone ciertas condiciones para la celebración del matrimonio y el reconocimiento de su eficacia plena; entre ellas contamos la de no existir entre los contrayentes lazos de parentesco en categoría y grado prohibidos; entonces el matrimonio no se autoriza entre hermanos, sean de doble o simple conjunción<sup>7</sup>, ni entre parientes afines de primer grado en línea recta<sup>8</sup>. El matrimonio celebrado entre estos parientes es sancionado desde el punto de vista civil con pena de nulidad absoluta<sup>9</sup>, incurriendo además los contrayentes en el delito de matrimonio ilegal, el cual es penado con prisión de seis meses a tres años<sup>10</sup>; en tratándose de unión en pareja no matrimonial entre hermanos, tal conducta se circunscribe en el delito de incesto, con pena de prisión de seis meses a cuatro años<sup>11</sup>; de otra parte, por la descripción legal del tipo penal, no puede configurarse este último delito en caso de que la conducta determinante se realice entre los parientes afines de primer grado en línea recta.

En materia testamentaria, son inhábiles para ser testigos de un testamento solemne, además de los ascendientes y descendientes del testador o del funcionario que autorice el testamento, los parientes de este y de aquel que estén dentro del

<sup>4</sup> Arts. 254 y 255 C. C.

<sup>5</sup> Arts. 311 C. C. y 446 C. P. C.

<sup>6</sup> Arts. 411, 457 y 462 C. C.

<sup>7</sup> Art. 140.9, C. C.

<sup>8</sup> Art. 140.10, C. C.

<sup>9</sup> Arts. 140 ss. C. C.

<sup>10</sup> Art. 261 C. P.

<sup>11</sup> Art. 259 C. P.

tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad<sup>12</sup>. El otorgamiento de un testamento ante testigos inhábiles genera la nulidad del mismo, salvo algunas excepciones.

De otra parte, los jueces de la República están impedidos para conocer el proceso en donde alguno de sus parientes está en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, tengan interés directo o indirecto en el proceso, de suerte que si no media la recusación del juez por una de las partes este debe declararse impedido para conocer del asunto<sup>13</sup>. A este mismo impedimiento están sujetos, entre otros funcionarios estatales, los agentes del Ministerio Público.

#### *4. Exoneración al deber de declarar judicialmente y denunciar el hecho punible*

De manera general, la Constitución Política de Colombia ha sentado el principio según el cual nadie puede ser obligado a declarar, entre otros, contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad<sup>14</sup>. Se trata, desde luego, de una simple autorización legal y no una imposición, de suerte que cada persona podrá, según las circunstancias, decidir si declara o no contra su pariente.

#### *5. Consecuencias del parentesco en materia penal*

Los lazos del parentesco son tenidos en cuenta, finalmente, en materia penal con varios propósitos.

En desarrollo del principio antes dicho sobre la exoneración al deber de declarar, la legislación procedimental en materia penal, además, libera a las personas del deber de denunciar el hecho punible cometido por sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad<sup>15</sup>.

Según lo hemos dicho atrás, el parentesco consanguíneo determina los tipos penales relativos al incesto, al matrimonio ilegal, a la inasistencia familiar y el abandono de menores, y el parentesco por afinidad es determinante del tipo penal referente al matrimonio ilegal.

De otra parte, entre las circunstancias generales que agravan la pena están los deberes que las relaciones de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado y de la familia de estos<sup>16</sup>; también, y de manera especial, las relaciones de parentesco consanguíneo y afín agravan la pena en los delitos de secuestro<sup>17</sup>, violación, estupro y actos sexuales abusivos<sup>18</sup>, homicidio y lesiones personales<sup>19</sup>.

## B. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS NUEVAS NUPCIAS

EN EL LIBRO PRIMERO, “DE LAS PERSONAS”, del Código Civil colombiano se encuentra un título, el VIII, denominado “De las segundas nupcias”, que consti-

<sup>12</sup> Art. 1068.12, C. C.

<sup>13</sup> Art. 150 C. P. C., mod. art. 88 Dcto. 2282/89; arts. 103 C. P. C. y 160 C. C. A.

<sup>14</sup> Art. 33 C. N.

<sup>15</sup> Arts. 25 y 26 C. P. P.

<sup>16</sup> Art. 66 C. P.

<sup>17</sup> Art. 270 C. P.

<sup>18</sup> Art. 306 C. P.

<sup>19</sup> Arts. 324 y 339 C. P.

tuye el único grupo armónico, y desde luego incompleto, de reglas predicables de la *familia ensamblada*; dicho título se refiere apenas a dos aspectos particulares.

En primer lugar, observamos un grupo de reglas para proteger los bienes de los hijos menores. Recordemos que, como consecuencia de la autoridad parental sobre los hijos menores, el padre y la madre tienen no solo el derecho de administrar todos los bienes del hijo, con excepción de los que provengan de su peculio profesional, sino también el derecho de usufructuarlos, con la misma excepción<sup>20</sup>; recordemos también que con ocasión del matrimonio se forma entre los esposos, en principio, una sociedad conyugal administrada por los cónyuges<sup>21</sup>. Para impedir, entonces, la confusión del patrimonio del hijo de familia con el que resulte de la nueva sociedad conyugal se impone a la persona que tenga hijos de precedente matrimonio bajo su autoridad parental o bajo su tutela o curatela la obligación de confeccionar, previamente al nuevo matrimonio, un inventario solemne de los bienes que esté administrando<sup>22</sup>; para la confección de dicho inventario se le asigna al hijo un curador especial; el inventario tiene lugar aun cuando el hijo no tenga bienes de ninguna clase en poder del padre o de la madre<sup>23</sup>, y el no cumplimiento de esta obligación implica para el padre o la madre que contraiga nuevas nupcias la pérdida del usufructo legal de los bienes del hijo<sup>24</sup>; en todo caso, si hay administración de los bienes con culpa grave o dolo el padre o madre perderán, además del usufructo legal, el derecho a suceder al hijo como legitimarios o como herederos *ab intestato*<sup>25</sup>.

El segundo aspecto tratado en este título del Código Civil, y que debe ser concordado con otros textos posteriores, tiene que ver con el término que debe respetar la mujer antes de pasar a otras nupcias. Con el fin de evitar la confusión de paternidades, en los eventos de disolución del matrimonio por divorcio o por muerte del marido, y de declaración de nulidad, la mujer que está embarazada no puede pasar a nuevas nupcias antes del parto<sup>26</sup>; en caso de no haber señales de preñez, debe esperar el cumplimiento del término de 270 días subsiguientes a la disolución o a la declaración de nulidad, término que puede rebajarse por el tiempo que haya sido imposible el acceso del marido a la mujer antes de la disolución o la declaración dichas<sup>27</sup>; en todo caso, si la mujer prueba no estar en cinta, el matrimonio también se autoriza antes de vencido el término dicho<sup>28</sup>. Ahora bien, si durante el juicio de divorcio o de nulidad del matrimonio, o recién pronunciada la sentencia respectiva, la mujer actualmente separada se cree en cinta, debe denunciar el embarazo a su marido, y en defecto de este, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, y en defecto de estos al juez de familia, dentro de los 30 primeros días de la separación actual, o posteriormente antes del parto si el juez declara justificable o disculpable el retardo<sup>29</sup>; a consecuencia de la denuncia o sin que ella haya mediado, el marido puede solicitar al juez que la mujer sea sometida a los exámenes médicos a fin de determinar su estado de preñez, y si la mujer se niega a la práctica de tales exámenes se presume

<sup>20</sup> Arts. 294 y 291, mod. art. 26 Dcto. 2820/974, y 295, mod. art. 29 Dcto. 2820/974.

<sup>21</sup> Art. 180, inc. 1º C. C., conc. art. 1774.

<sup>22</sup> Art. 169 C. C.

<sup>23</sup> Art. 170 C. C.

<sup>24</sup> Art. 171 C. C.

<sup>25</sup> Art. 172 C. C.

<sup>26</sup> Art. 173 C. C.

<sup>27</sup> Art. 173 C. C.

<sup>28</sup> Art. 174 C. C.

<sup>29</sup> Arts. 225 y 226 C. C., mod. art. 17 Dcto. 2820/974.

que no está embarazada<sup>30</sup>. En todo caso, la mujer y su nuevo cónyuge son civilmente responsables por la confusión de paternidades y su incertidumbre, resultante del no respeto de las reglas anteriores<sup>31</sup>.

#### C. REGLAS PARTICULARES PARA LAS RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES O COMPAÑEROS PERMANENTES Y LOS HIJOS DE CADA CUAL

EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO encontramos otras reglas particulares que incumben directamente a los hijos de cada uno de los miembros de la nueva pareja y que determinan la reunión de la *familia ensamblada*.

La Constitución Política colombiana de 1991 en el inciso segundo del artículo 44 impone la obligación general, entre otros, al entorno familiar, de asistir y proteger al niño para garantizarle su desarrollo armónico e integral, así como también el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Esta obligación se impone, entonces, también a todos los miembros de la *familia ensamblada*, incluyendo a los padrastros. Sin embargo, el derecho positivo que es anterior a la Constitución parece tener otros rumbos.

En tratándose de unión matrimonial exclusivamente, encontramos una prohibición legal de importancia. Una persona casada no puede tener en su casa a los hijos habidos fuera del matrimonio, salvo si el otro cónyuge ha consentido en la convivencia; la misma ley expresa que esta prohibición se aplica no obstante el derecho de autoridad parental que corresponda al padre o la madre<sup>32</sup>.

De otra parte, nuestro ordenamiento permite, en la pareja matrimonial como en la de hecho, la adopción singular –por uno solo de los miembros– como la adopción conjunta –por ambos–. Entonces, en el primer supuesto de hecho no se autoriza la adopción sino en cuanto el cónyuge o el compañero permanente haya consentido en ella, a menos que uno u otro sea absolutamente incapaz de otorgar el consentimiento<sup>33</sup>; si se trata de una pareja matrimonial separada de cuerpos, tampoco se exige el consentimiento del otro para la adopción.

Por el contrario, nuestro ordenamiento autoriza que el cónyuge o el compañero permanente de quien tenga hijos de otra unión pueda adoptarlos<sup>34</sup>; para ello habrán de cumplirse todas las condiciones legales de toda adopción, salvo la relativa a la diferencia de edad entre adoptante y adoptable<sup>35</sup>.

Por último, en punto de relaciones patrimoniales en el nuevo hogar, nuestro ordenamiento trae un precepto que disloca toda integración económica. Sin lugar a dudas, formada la sociedad conyugal en el matrimonio y la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho, dichas sociedades están obligadas al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia, siempre que no sean personales; entre las deudas personales se cuentan las que cada cónyuge contraiga para el establecimiento de los hijos de uniones anteriores<sup>36</sup>. Así, dichos costos no corren por cuenta de las sociedades conyugal o patrimonial entre compañeros permanentes, y si han sido realizados con productos que formen parte de su haber el cónyuge que los hizo le debe a la sociedad conyugal lo pagado, y al momento de su liquidación resultará en favor del otro una recompensa<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Art. 226 C. C., mod. art. 17 Dcto. 2820/74.

<sup>31</sup> Arts. 234 y 235 C. C.

<sup>32</sup> Art. 16 Ley 45/936.

<sup>33</sup> Art. 89 inc. 2º, Dcto. 2737/989.

<sup>34</sup> Art. 91 Dcto. 2737/989.

<sup>35</sup> Art. 89 inc. 33, Dcto. 2737/989.

<sup>36</sup> Art. 1796.2 C. C., mod. art. 62 Dcto. 2820/974.

<sup>37</sup> Art. 44 inc. 2º C. N.

### III. EL CONTENIDO ESPECÍFICO DE LA HIPÓTESIS

PARA REGRESAR A LA PROPUESTA, comenzaremos por decir que su esencia es la de imponer y otorgar deberes y derechos recíprocos entre los hijos de una persona y su actual cónyuge o compañero permanente, sometidos a diversas condiciones. Como jurídicamente esos deberes y derechos son de naturaleza diferente, personales y patrimoniales, unos y otros surgen bajo condiciones especiales para cada cual y su manifestación material es diversa, como lo veremos en seguida.

De otra parte, hay que decir que hemos presentado nuestra propuesta a manera de texto legal, teniendo en cuenta su contenido; ciertamente, en ella se determina la creación de una relación jurídica entre los hijos de una persona y su nueva pareja, a través del surgimiento de deberes y derechos recíprocos; por ser unos y otros de contenido eminentemente jurídico, y no exclusivamente moral, sólo pueden derivar su carácter general, abstracto y coercible, de la ley. Además, creemos que es la ley el instrumento natural para materializar, desarrollándolo, el principio constitucional que hemos resaltado antes sobre la protección integral a los menores, como una manera de llevarlo del plano ideal, en donde aún permanece, a la esfera real. Estas son, pues, las razones que nos han llevado a expresar nuestra hipótesis a manera de texto legal.

Ahora bien, en la estructura de la propuesta, como en cualquier texto de ley, se destacan dos elementos que constituyen la base para su análisis y sustento: un supuesto de hecho y unas consecuencias.

#### A. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA HIPÓTESIS PROPUESTA

AL ENTENDER QUE EL SUPUESTO de hecho es la descripción que hace la norma de situaciones, relaciones o conductas calificadas por el ordenamiento y jurídicamente relevantes, en el supuesto de hecho de la propuesta están manifiestos varios elementos que constituyen verdaderas condiciones jurídicas para la producción de los efectos previstos.

Esas condiciones tienen que ver con los sujetos extremo de la relación jurídica propuesta, con el carácter supletivo de la relación y con su marco cronológico.

##### *1. Los sujetos extremo de la relación*

La relación jurídica cuyo establecimiento se propone incumbe directamente a los hijos de una persona y a su actual cónyuge o compañero permanente.

– *Los hijos.* A propósito de estos diremos, ante todo, que no hacemos distinción alguna en razón de la condición jurídica de los hijos. Es suficiente que tengan en legal forma la calidad de hijos de quien se reunió en nueva pareja para que, cumplidas las otras condiciones establecidas, surja la relación jurídica. Así, las calidades de hijo matrimonial, extramatrimonial o adoptivo no tienen ninguna incidencia.

De otra parte, los hijos son tenidos en cuenta, ante todo, bajo la condición de ser menores de edad. No se trata, pues, de establecer la relación jurídica deberes-derechos recíprocos entre todos los hijos de una persona y su cónyuge; en el derecho positivo presente buena parte de los derechos y deberes entre padres e hijos desaparecen a la mayoría de edad, como es el caso de la autoridad parental, de suerte que no resulta lógico que los mismos derechos y deberes entre padrastros

e hijastros se mantengan durante la mayoría de edad de estos; la emancipación al llegar a la mayoría de edad también está prevista en la propuesta, como lo veremos adelante. Además, los niños en la sociedad son los que requieren de la asistencia y protección que permitan garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; asistencia y protección que corresponde proporcionar, según se ha aceptado generalmente, al entorno familiar y social del menor, y desde luego al Estado al que pertenezca<sup>38</sup>; hay que resaltar que, en cuanto la *familia ensamblada* viva bajo la estructura de familia nuclear, en el entorno familiar del menor está el cónyuge o el compañero permanente de su padre o madre, a quien corresponde también el deber general de asistencia y protección, según lo dicho. Es durante la minoría de edad que urge el apoyo de los mayores más próximos, para el ejercicio de sus derechos fundamentales más elementales: al amor, a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a la nacionalidad, a la familia, a la educación. Recordemos, finalmente, que por tratarse de miembros de la familia débiles por naturaleza es que se ha creado toda la filosofía de la protección integral, de cuyo desarrollo la propuesta que presentamos, en nuestra opinión, forma también parte.

Otra de las condiciones exigidas para el surgimiento de la relación jurídica propuesta es que los menores estén al cuidado del padre o madre que ha vuelto a unirse en pareja. Debe entenderse que el cuidado personal del menor es más una situación fáctica que jurídica. Así, la relación propuesta no surge de la mera vigencia de la autoridad parental, ni aun de la custodia, sino del hecho mismo de cuidar al hijo, lo cual implica, desde luego, no solo la habitación común sino la vigilancia, el sostenimiento, la educación, en fin, el establecimiento, inmediatos. Bien puede ocurrir que con ocasión de un divorcio, por ejemplo, ambos padres continúen con la autoridad parental, y que se decida que la custodia sea compartida, pero por imposibilidad del don de la ubicuidad el hijo sólo podrá estar al cuidado de uno de los padres; y si este se ha vuelto a unir en pareja surgirá entre el hijo y el nuevo cónyuge o compañero de su progenitores la relación jurídica propuesta.

– *El cónyuge o compañero permanente del padre o madre.* Estos constituyen el otro extremo de la relación jurídica propuesta. Al respecto es útil precisar que la calidad de cónyuge resulta exclusivamente del matrimonio; recordemos que en Colombia, en paralelo al matrimonio civil, algunos matrimonios religiosos surten efectos jurídicos de matrimonio; también es necesario rememorar que, en la concepción generalizada en materia de nulidades matrimoniales, mientras la nulidad no sea judicialmente declarada la relación jurídica matrimonial permanece con plenitud de efectos; además, la legislación colombiana tiene previsto para los matrimonios civiles la disolución del vínculo por causa de divorcio, y para los religiosos la cesación de sus efectos civiles por la misma causa. Así, bastará la celebración de nuevo matrimonio para que surjan los efectos previstos, y en todo caso, como lo veremos adelante, durante todo el tiempo que la unión física de los cónyuges se mantenga.

<sup>38</sup> El matrimonio católico y el cristiano de otras sectas tienen plenos efectos jurídicos de matrimonio.

Debemos decir también que la ley colombiana reconoce efectos jurídicos en las parejas no matrimoniales, bajo la condición de ser pareja estable. La llamada unión marital de hecho surge, entonces, por la convivencia de un hombre y una mujer, de manera permanente y singular<sup>39</sup>. Bastará, entonces, que se forme la unión marital de hecho entre dos personas para que los efectos de nuestra propuesta resulten sin más miramientos, y desde luego, sujetos a la condición de perdurar la unión.

Por último, diremos respecto de estos sujetos extremos de la relación que los efectos previstos se predicán de quienes tengan la calidad actual de cónyuge o de compañero permanente.

### *2. El carácter supletivo de la relación jurídica*

No pretendemos con nuestra propuesta suprimir las obligaciones legales respecto de los principales obligados para otorgárselas a otras personas; no es, pues, una sustitución de obligados. Por definición, los deberes y derechos propios de la relación jurídica que proponemos son supletivos; esta relación sólo puede surgir si, además de las otras condiciones, uno de los principales obligados, esto es, el padre o madre que no cuida personalmente del menor, está ausente, inhabilitado o ha muerto.

Entendemos como ausencia la circunstancia de no conocerse el paradero actual del otro de los padres, y de no tenerse noticia de él. La inhabilitación implica, de otra parte, que el padre o madre ha sido declarado judicialmente interdicto por demencia o disipación, o ha sido privado o suspendido de la autoridad parental que le corresponde en favor de sus hijos menores. Por otra parte, la circunstancia de la muerte comprende no sólo la muerte real, sino también la declaración de muerte presunta.

Como lo veremos adelante, en caso de que las circunstancias dichas se prediquen de ambos padres ellas determinan simplemente la ampliación del marco cronológico de los deberes y derechos propuestos.

### *3. El marco cronológico de la relación jurídica propuesta*

Los deberes y derechos que proponemos sean conferidos están sujetos a una temporalidad particular, además de la que resulta de la llegada a la mayoría de edad. Dicha temporalidad se manifiesta de dos maneras: el tiempo que perdure la nueva unión y la designación del guardador al menor, sujetas una y otra a situaciones de hecho diferentes.

Habida cuenta de la movilidad jurídica y socialmente reconocida de la unión en pareja de una persona, podemos afirmar que esta deja de ser un hecho trascendente para devenir contingente. Siendo esto así, es lógico que los derechos y deberes personales entre los hijos de una persona y su nueva pareja tengan también ese carácter contingente, a través de la fijación legal de un término durante el cual se mantienen. La regla general en nuestra propuesta es, pues, que la relación jurídica entre padrastros e hijastros sólo surge durante el tiempo que perdure la relación en pareja de su padre o madre. Como el propósito perseguido es el de dar la protección integral inmediata al menor en familia ante la ausencia,

<sup>39</sup> Ley 54/990.

inhabilidad o muerte de uno de sus padres, es natural que los deberes y derechos sólo se mantengan en cuanto haya convivencia entre padrastros e hijastros, y ella tendrá lugar únicamente durante la unión en pareja de uno de sus progenitores. Al romperse por cualquier causa –de derecho o fáctica– la unión en pareja desaparece, en principio, la relación jurídica propuesta.

Decimos “en principio” por cuanto hay una hipótesis de excepción que mantiene vigentes los deberes y derechos aun después de la separación de hecho o de derecho del padre o madre y su cónyuge o compañero permanente, o en caso de inhabilidad de este. Si cumplida la totalidad de otras condiciones para el surgimiento de la relación jurídica propuesta el padre o madre que cuida del menor se ausenta, muere o es inhabilitado de sus derechos de padre o madre, su cónyuge o compañero permanente y los hijos del otro no pierden por esos solos hechos los deberes y derechos que han adquirido. Por razones elementales de solidaridad humana, tales deberes y derechos se mantienen hasta que la situación del menor se regularice a través del mecanismo de la guarda, la cual podría extenderse al cónyuge o compañero permanente del padre o madre. Creemos que sólo así puede garantizarse la protección integral de los menores en la *familia ensamblada*, que por cualquier circunstancia no voluntaria de la pareja se encuentra en estado de dislocación.

## B. LAS CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA: DEBERES Y DERECHOS ENTRE PADRASTROS E HIJASTROS

EL OTRO DE LOS ELEMENTOS DE LA propuesta tiene que ver con las consecuencias que resultan una vez concurren en un mismo momento todas las situaciones y circunstancias previstas dentro del supuesto de hecho.

El punto de partida es el surgimiento de una relación jurídica entre personas, manifestada en la estructura de deberes y derechos. Tal como unos y otros se manifiestan en el derecho positivo, nosotros hemos distinguido los deberes y derechos de carácter eminentemente personal de aquellos de naturaleza exclusivamente patrimonial, para darles un tratamiento consecuencial diferente. La razón para la distinción es relativamente simple: en las relaciones patrimoniales con frecuencia el sentimiento altruista cede su lugar a intereses particulares.

Al enunciar el contenido de los deberes y derechos de cada naturaleza exploraremos las condiciones de ejercicio previstas para cada cual.

### *1. Condiciones de ejercicio de los deberes y derechos de carácter personal*

Según puede leerse en la hipótesis, entre los padrastros e hijastros surgen, cumplidas las condiciones previstas, los mismos deberes y derechos de carácter personal que la ley otorga entre padres e hijos. Estos deberes y derechos personales son variados y su contenido está aceptado de manera general, por lo que nos limitaremos a precisarlos enunciándolos, y determinaremos luego las condiciones de ejercicio.

El deber de respeto y obediencia que tienen los hijos frente a sus padres corresponde también entre padrastros e hijastros. Uno y otro son valores sociales que se aprenden en el seno del hogar; el respeto por el otro no depende de ninguna condición jurídica, sino que constituye una norma elemental de convivencia social, como lo es el reconocimiento de la autoridad manifestada en

la familia bajo el concepto de obediencia. Así como en la familia hay varios miembros y entre todos debe primar el respeto, debe haber una autoridad a la cual están sujetos todos los miembros; el respeto es recíproco y la autoridad se ejerce con base en él. En el derecho positivo la autoridad en la familia le corresponde a los padres sobre los hijos menores, y en desarrollo de la misma surgen otros deberes y derechos. Entre ellos la crianza y la educación de los hijos menores. Corresponde a los padres, y en nuestra propuesta también a los padrastros, cuidar del establecimiento de los miembros menores de la familia, velar por su nutrición y alimentación equilibrada, velar por su buen estado de salud física y mental, proporcionar todas las oportunidades que estén a su alcance para que los menores puedan desarrollarse física y moralmente de manera adecuada. También surge el deber de vincularlos a establecimientos de educación, y velar por la asistencia del menor a tales centros, todo como garantía de la formación de los menores. Desde luego que los deberes de vigilancia de la conducta de los menores, y de corrección y sanción moderadas, corresponden también a los padrastros, así como el deber de recibirlos en la casa de habitación familiar. Vale la pena decir que, bajo ciertas condiciones, nuestro ordenamiento autoriza que todos estos derechos y deberes sean ejercidos por terceras personas. De otra parte, todos estos deberes y derechos son garantía de la armonía familiar y, por ende, del buen desarrollo de los menores de edad en el seno de la familia.

Queda entendido que unos y otros no son, en principio, ejercidos por el padrastro o madrastra exclusivamente. Hay que tener presente que en la *familia ensamblada* su ejercicio corresponde tanto al padre o madre que tiene bajo su cuidado personal a los menores como a su cónyuge o compañero permanente, en términos de colaboración. Ahora bien, en caso de conflicto o desacuerdo entre el padre o madre que tiene el cuidado personal y su cónyuge o compañero permanente en el ejercicio de tales derechos, creemos que debe primar la opinión del padre o madre sobre la de su cónyuge o compañero. No obstante que en el derecho positivo está previsto que en caso de discordia al respecto entre los padres corresponde al juez dirimir el conflicto, por el carácter supletivo de los derechos y deberes del padrastro o madrastra el conflicto debe resolverse con el criterio de la primacía de la opinión del padre o madre.

Uno de los deberes y derechos que amerita especial exposición es la representación legal del menor. En el derecho positivo actual ella corresponde a uno cualquiera de los padres individual o conjuntamente; si el menor debe litigar en contra de uno de ellos, la representación judicial corresponde al otro, y a falta de este el juez debe designarle un curador *ad litem*. Siguiendo la misma línea del ordenamiento, nos parece que el padrastro o madrastra sólo pueden tener la representación legal del menor hijo de su cónyuge o compañero permanente a falta de ambos padres, y en espera que el juez haga la designación del curador especial para el menor. Acordarle sin esta limitación a los padrastros el derecho de representar legalmente al menor podría ser fuente de conflictos familiares, los cuales precisamente quieren evitarse con la hipótesis propuesta.

Lo mismo diremos de la autorización en torno a la salida del país del menor. Habida cuenta de la trata de menores, en del derecho colombiano se impone una serie importante de condiciones para que un menor pueda atravesar las fronteras. Así las cosas, creemos que, en principio, sólo los padres pueden acordar la salida del país de un menor; en defecto de estos, la decisión corresponderá al juez o al defensor de familia, limitándose el padrastro o madrastra a promover ante tales autoridades la correspondiente solicitud.

A propósito de las condiciones de ejercicio de estos derechos y deberes, es útil resaltar que, por tratarse de una extensión a los padrastros de aquellos que corresponden a los padres, están sujetos a las mismas condiciones de ejercicio. Así, el menor se emancipará respecto de los padrastros por los mismos motivos que lo hace frente a sus padres: la llegada a la mayoría de edad, el matrimonio, o por la muerte del padrastro. Además, este podrá ser suspendido o privado de tales derechos por las mismas causas que lo pueden ser padres y madres: maltrato habitual al menor, abandono del mismo, depravación o condena a pena privativa de la libertad superior a un año.

## *2. Condiciones de ejercicio de los deberes y derechos de carácter patrimonial*

Una advertencia inicial debe hacerse respecto de estos deberes y derechos. Observado el derecho positivo actual, la mayoría de estos entre padres e hijos son recíprocos. Así como el padre debe alimentos a su hijo, este se los debe a su padre; de igual manera, unos y otros tienen vocación hereditaria, y, como consecuencia de la administración de los bienes del hijo, los padres tienen derecho al usufructo legal de dichos bienes, teniendo en cuenta siempre que el derecho de administración y usufructo sólo recae sobre aquellos bienes que no integren el peculio profesional del menor.

En tratándose de los deberes y derechos patrimoniales entre padrastros e hijastros, hemos de decir que nuestra propuesta sólo los reconoce en favor del hijastro. Por ello en el enunciado de la propuesta se suprime la expresión “derechos”, para acordar exclusivamente deberes al padrastro o madrastra.

De esta manera, el padrastro asume, en conjunto con el padre o madre, los gastos que demande la crianza, educación y establecimiento del menor, representados de manera general en el concepto de “obligación alimentaria”. Como toda obligación alimentaria compartida, la contribución de cada cual dependerá de su posibilidad económica. Ahora bien, en ausencia de ambos padres, también por razones elementales de solidaridad humana, no se autoriza al padrastro o madrastra que se liberen de la obligación de pagar alimentos en favor del hijo de su cónyuge o compañero permanente. Si en vigencia de la unión ha contribuido con las cargas del hogar, y entre ellas con las que demandan los hijos del cónyuge, no entendemos que a la muerte de este o en caso de incapacidad desaparezca, mientras se designa un curador al menor, la obligación de sostenerlo.

Ahora bien, si el padrastro o la madrastra no tienen derecho de herencia del hijo de su cónyuge o compañero permanente, creemos que en caso de muerte de aquel, y como otra forma de protección integral, los hijastros deben tener vocación herencial sobre el patrimonio de su madrastra o padrastro, en la misma proporción que corresponde tal derecho a los hijos carnales que tenga o pueda tener el causante.

Un aspecto particular trae nuestra propuesta en lo relativo a la administración de los bienes del menor. Conforme al enunciado inicial, el padrastro o madrastra no tienen derecho de percibir para sí los frutos que produzcan tales bienes. Sólo podrán administrarlos, y para ello deben cumplir con todas las exigencias que la ley impone a los guardadores de bienes de menores; así, estarán en la obligación de confeccionar el inventario de bienes, no podrán disponer de ellos sino con autorización judicial, deberán rendir cuentas de su administración y responderán por la indebida administración en que hayan incurrido.

#### IV. ANOTACIONES FINALES

CREEMOS QUE LAS CONCLUSIONES finales son un derecho de quien se interese por este tema. Por ello nos limitaremos a realizar apenas algunas anotaciones.

Estamos convencidos que desde el punto de vista legislativo nuestra propuesta requiere ulteriores desarrollos detallados. El simple enunciado general no nos parece suficiente para describir la infinidad de otras situaciones de hecho que por razones de espacio y de olvido no han sido previstas en la propuesta. Sin embargo, y frente al silencio del derecho positivo colombiano, queremos abrir una puerta que hasta el momento ha permanecido cerrada.

De otra parte, y como lo advertimos al inicio, creemos en la necesidad de debatir ampliamente la idea de generar entre padrastros e hijastros una relación jurídica que implique la protección de estos últimos en cuanto sean menores de edad. Desde ahora nos comprometemos a ser receptivos frente a las críticas de todo orden sobre el tema.

Una última anotación de carácter humano: no sólo es padre quien genera la vida de otro ser, sino también quien asume como tal su existencia.