

Constitucionalización de la filiación: De la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva

Constitutionalization of filiation: The biological paternity to fatherhood socio affective

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Paternidad biológica y Paternidad socio afectiva.- Implicancias en el derecho a la identidad. III. Criterio judiciales adoptados. IV Análisis y Discusión. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El establecer la paternidad/maternidad de una persona, importa garantizar su derecho a la identidad, el mismo que es un derecho fundamental cuyo contenido no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático),

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Docente Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC y Directora de la Unidad de Posgrado de la referida Facultad. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. Doctoranda de Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. savemanu@hotmail.com.

sino sobre todo en que se respete ese espacio de nuestro vivir, cargado de experiencias, afectos, pertenencia a un grupo familiar, que conforman los atributos de la personalidad; nos referimos al aspecto dinámico del derecho a la identidad. Desde que la prueba de ADN alcanzó aplicación, se convirtió en el fundamento último e irrefutable respecto a la filiación de una persona, una especie de verdad absoluta frente a la cual sucumbía cualquier argumento; sin embargo, actualmente no podemos decir lo mismo; pues, existen supuestos en los cuales, aun cuando la prueba de ADN haya arrojado una determinada realidad biológica, este dato no ha sido determinante para que la judicatura resuelva en coherencia con el mismo; y ello por razones totalmente justificadas y acordes con el derecho a la identidad dinámica del menor y su interés superior; en suma gracias al proceso de constitucionalización del Derecho de Familia.

Palabras Clave: *Identidad estática, dinámica, prueba de ADN, filiación biológica, socio afectividad.*

Abstract: *The establishment of paternity / maternity of a person, it is important to guarantee their right to identity, which is a fundamental right whose content is not exhausted in knowing the true biological origin based on a genetic data (static aspect), but above all in that that space of our life is respected, full of experiences, affections, belonging to a family group, that make up the attributes of the personality; we refer to the dynamic aspect of the right to identity. Since the DNA test became applicable, it became the ultimate and irrefutable foundation regarding the filiation of a person, a kind of absolute truth against which any argument succumbed; however, at the moment we can not say the same thing; then, there are assumptions in which, even when the DNA test has thrown a certain biological reality, this data has not been decisive for the judiciary to resolve in coherence with it; and this for reasons that are fully justified and in accordance with the right to the child's dynamic identity and its best interests; in sum thanks to the process of constitutionalization of Family Law.*

I. Introducción

Uno de los conflictos más álgidos que se presenta en el Derecho de Familia, es el de la determinación de la filiación, sea esta matrimonial o extramatrimonial. A lo largo de la codificación civil la investigación y

determinación de la filiación ha tenido marcados momentos; así, inicialmente se apoyaba en una serie de presunciones y la casi nula permisión a la libre investigación de la filiación; en un segundo momento, con la inclusión de la prueba científica del ADN en el Código Civil, las presunciones perdieron importancia, siendo desplazadas de manera absoluta por esta prueba, pero aún con una permisión restrictiva a la investigación de la paternidad, sobre todo la matrimonial; en un tercer momento, en base a la prueba de ADN se permitió de manera irrestricta la investigación y establecimiento de cualquier tipo de paternidad, bajo la justificación de que el niño tiene derecho a conocer su verdadero origen biológico (identidad estática); para luego en este cuarto momento que actualmente atravesamos, dar paso a la necesidad de no condicionar la filiación únicamente al antecedente biológico, sino más allá de ello, a tener en cuenta que el derecho a la identidad no se agota en conocer ese dato y que en base a él se establezca la paternidad o maternidad, sino en entender que resulta cardinal el cúmulo de experiencias, afectos, compenetración con aquella persona, que sin compartir carga genética, ha sido parte de ese caminar por la vida y por tanto conforma la identidad dinámica.

Surge así frente a la filiación biológica, la filiación socio afectiva, que no se sustenta en el vínculo biológico, sino que en muchos de los casos, éste es dejado de lado; en el entendido de que si bien el dato biológico va a permitir conocer el origen genético y por tanto establecer rasgos de identificación, junto a él está la construcción de la propia personalidad, que se la hace en el día a día, y que también se constituyen en criterio determinante para atender o dejar de lado la vinculación biológica.

Esta nueva manera de enfocar la filiación, no es una casualidad, se justifica y se explica en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y específicamente del derecho de familia, que ha dado lugar, al tránsito de un estado legal de derecho al estado constitucional de derecho, basado en que en todo ordenamiento jurídico además de reglas hay principios jurídicos, que dotan de sentido a las reglas y son pensados para la protección y promoción de ciertos bienes o valores jurídicos que se ven expresados en los derechos fundamentales (los denominados derechos principios).

El presente artículo pretende mostrar, a partir de algunas decisiones judiciales, que es constitucionalmente viable, el hacer prevalecer la filiación socio afectiva frente a la filiación biológica, claro atendiendo al caso concreto; todo ello con la finalidad de más allá de las normas regla que regula el Código Civil, se garanticen normas principio referidas específicamente a la protección del derecho fundamental a la identidad, en su dimensión dinámica, el derecho a vivir en una familia y el interés superior del niño.

II. Paternidad biológica y paternidad socio afectiva. Implicancia en el derecho a la identidad

2.1. Paternidad biológica

La filiación, está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética determinada en base a pruebas de validez científica como lo es el ADN. “La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un nexo o vínculo biológico entre el hijos y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente determinadas” (Plácido, 2001, p. 274).

Conforme se advierte, la filiación biológica se cimienta en el vínculo consanguíneo, y su establecimiento tiene directa relación con el derecho a la identidad de cada sujeto, en el entendido de saber quiénes son sus padres o concretamente su procedencia biológica, por tanto, resulta fundamental para todo ser humano conocer su verdad biológica. En la casación 950-2016-Arequipa, refiriéndose al cariz estático del derecho a la identidad, se precisa que:

(...) el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que el **derecho a la identidad**, a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por

diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., (...).

Sin embargo el acceso al dato genético, si bien forma parte del derecho a la identidad, no lo agota; pues esta identidad estática, debe ser necesariamente complementada con el cariz dinámico del derecho, que está referido al proyecto continuo de vida de cada ser humano, es decir al carácter subjetivo, conforme lo resalta el Tribunal Constitucional

2.2. Paternidad socio afectiva

Este tipo de paternidad, a diferencia de la biológica no se basa en el dato genético sino en los lazos afectivos generados a lo largo de la vida. Varsi (2013) afirma:

(...) la paternidad socio afectiva es sinónimo de convivencia familiar en la que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos de derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones familiares (afectividad). Sustentada en una posesión de estado la paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito a la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación (p. 94).

Wong (2017) comentando la Cas. N.º 2726 -2012, Del Santa (17-07-2013) emitida en un Proceso Impugnación de Reconocimiento de Paternidad precisa:

(...) buscando asegurar los derechos de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y su superior interés, es que surge también la teoría de la paternidad socio afectiva, la cual se sustenta en reconocer jurídicamente como padre a aquel que demuestre más allá de una presunción legal o un dato biológico, la existencia de lazos afectivos con el hijo al que reclama como suyo. (pp. 57-65)

Como se aprecia, más allá del dato biológico, resulta determinante la posesión de estado en la que se hallen los sujetos (padre/madre e hijo), independientemente de si comparten rasgos genéticos. Importan entonces, experiencias, vivencias, grado de afectividad e identificación, en suma lo que se construye con el pasar de los años y los vínculos que se perennizan en el día a día, rasgos que aluden al contenido del derecho a la identidad en su aspecto dinámico.

Respecto a la identidad dinámica, en la casación N.º 3797-2012, Arequipa, de fecha 18-06-2013, se estableció que:

(...) cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo (...).

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, precisa que el derecho a la identidad, involucra, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, precisión que hace alusión estrictamente a la identidad biológica; sin embargo, esta disposición normativa también indica que tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad, es decir al aspecto dinámico del derecho; que se halla constitucionalmente protegido por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, el cual se ocupa del libre desarrollo de la personalidad.

Respecto al derecho mencionado precedentemente, el Tribunal Constitucional, en la STC 2868-2004-PA, precisa:

(...) que el derecho al libre desarrollo de la personalidad refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la

construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos (...)

Así, el derecho a la identidad, se halla conformado tanto por el aspecto estático, como por el aspecto dinámico; siendo integral.

III. Criterios judiciales adoptados

Ateniendo a que el derecho a la identidad es integral, pues involucra tener en cuenta tanto el dato biológico como el desarrollo mismo de la personalidad de cada sujeto; al establecer judicialmente la filiación, los Magistrados de nuestro país, han ido abandonando el criterio de hacer prevalecer en todos los casos el dato biológico, para ocuparse de los lazos afectivos, es decir, tener en cuenta el aspecto dinámico del derecho a la identidad, tal como mostramos a continuación:

En la Casación N.º 3797-2012, Arequipa (18-06-2013):

(...) cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo así analizando el caso en concreto, concluyó que: “(...) el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara sólo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones vagas de terceros que no individualiza y realizando su impugnación catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Para casos como éstos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad

por motivos irrelevantes, generando un estadio de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

En la Casación N.º 1622-2015 Arequipa (03-05-2016):

“El hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria. (...) asimismo, de conformidad con el artículo 399 del Código Civil solo se encontraría facultado para impugnar la paternidad, el padre que no intervino en el reconocimiento, cuestión distinta al caso de autos, adonde el actor efectuó el reconocimiento a favor de la menor, pretendiendo ahora, luego de más de dieciséis años negar la paternidad basándose en el supuesto engaño de la madre y el argumento que “por conversaciones con el hijo de la demandada” habría tomado conocimiento recién de que no es el padre biológico de la menor; es decir se encuentra basada en afirmaciones vagas de terceros. En ese orden de ideas, el plazo concedido por la norma para negar el reconocimiento, habría vencido en exceso”. (...) en esta medida, las normas cuya infracción se denuncian (artículos 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestas al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se

opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. Contrario sensu, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona (...).

En la Casación N.º 950-2016 Arequipa (29-11-2016):

(...) que la menor de iniciales F.K.M.S. se encuentra identificada con su padre Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno “medina”, configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática (...).

IV. Análisis y discusión

La protección de la paternidad socio afectiva, como vemos reflejada en las sentencias anteriores, muestra claramente que la investigación de la filiación ya no es determinada de manera irrefutable por el vínculo biológico, pues habrá casos en los que el hacer respetar el dato biológico no solo no sea insuficiente, sino por el contrario genere una clara vulneración a derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, como el de la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.

La paternidad socio afectiva no se encuentra regulada de modo específico en el Código Civil ni en el Código de los Niños y Adolescentes. El Código Civil, establece las reglas de determinación de la filiación matrimonial en el artículo 396⁽¹⁾ y de la filiación extramatrimonial en el artículo 402⁽²⁾ a través de presunciones y sobre ellas, mediante la prueba

(1) Presunción de paternidad: “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

(2) “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimo-

de ADN; por tanto, en el texto legislativo no encontramos amparo para este tipo de paternidad. Es a partir de sentencias emitidas en casos concretos, que se ha reconocido la existencia de la paternidad socio afectiva; para ello los jueces han tenido que justificar sus decisiones, no en la norma legal, sino en normas convencionales y constitucionales como la protección al interés superior del niño, el derecho a la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.

Consideramos, que esta forma de resolver los conflictos relacionados con la filiación, está impregnada de un contenido valorativo, que es expresión de la constitucionalización del derecho. Manuel Atienza (2014) al respecto precisa:

(...) atendiendo a los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, la constitucionalización, implica una nueva forma de ver el derecho; hoy ya no es solo el impuesto por la autoridad, sino es una creación humana cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales. Agrega que una teoría constitucionalista del derecho se caracteriza por la existencia de rasgos sustantivos, más que formales. Valorativos: reconocimiento y protección de derechos fundamentales, así para resolver un problema se invoca directamente principios y valores constitucionales, prescindiendo incluso del tenor literal de la ley; pero ello no significa que exista en la Constitución un orden de valores bien definido, pues las Constituciones reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas. Sin embargo, casi siempre ofrecen al jurista la posibilidad de una solución justa sin salirse del Derecho, respetando los materiales autoritativos del mismo y

nial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable. 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores de la práctica constitucional; orden de valores no preestablecido, sino que se trata de encontrar o construir (pp. 10-12).

Así, conforme se ha resuelto en los casos anteriores, si los jueces se limitaban a la aplicación de las disposiciones normativas del Código Civil, hubiesen hecho prevalecer el dato biológico sobre cualquier otra circunstancia; sin embargo, decidieron diferente a lo legalmente regulado, y para ello fue necesario justificar sus decisiones en normas constitucionales; es decir aplicar directamente la Constitución.

Al respecto Luis Prieto Sanchís (2003), precisa:

(...) que la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial, no es la misma por cierto, porque la del legislador era inmotivada, mientras que la del juez pretende basarse en una depurada argumentación racional. Resume los elementos caracterizadores de ese neoconstitucionalismo en: Carácter vinculante de la Constitución, supremacía en el sistema de fuentes, eficacia o aplicación directa, garantía judicial, presencia de un denso contenido normativo, que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, en sus relaciones horizontales, rigidez constitucional (pp. 116-117).

Esto está íntimamente ligado a la concepción sobre la familia y la constitucionalización del Derecho de Familia. Landa (2017) afirma: “el concepto de familia ha sido históricamente objeto de cambios conceptuales y actualmente no puede afirmarse la existencia de un único concepto de familia” (p. 126).

Prieto Perlingieri (como se citó en Landa, 2017) refiere que “los lazos de sangre y el afecto son razones autónomas de justificación del origen de la familia, pero el perfil consensual y la *affectio* constante y espontánea constituyen cada vez más el denominador común del núcleo familiar” (p. 126).

Hoy se reconoce efectos jurídicos a relaciones paterno/materno filiales establecidas más allá del vínculo biológico impuesto por la natura-

leza, pues se brinda protección jurídica a aquellos vínculos afectivos que los sujetos generan a lo largo de su existencia.

V. Conclusiones

- La determinación de paternidad/maternidad está directamente relacionada con el derecho a la identidad, cuyo contenido no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático), sino en que se respete ese espacio de nuestro vivir, cargado de experiencias, afectos, pertenencia a un grupo familiar, que conforman los atributos de la personalidad (aspecto dinámico).
- La filiación biológica, está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética determinada en base a pruebas de validez científica como lo es el ADN.
- La paternidad socio afectiva a diferencia de la biológica no se basa en el dato genético sino en los lazos afectivos generados a lo largo de la vida. Más allá del dato biológico, resulta determinante la posesión de estado en la que se hallen los sujetos (padre/madre e hijo), independientemente de si comparten rasgos genéticos.
- La tendencia jurisprudencial peruana, muestra claramente que la filiación ya no depende irrefutablemente del vínculo biológico, pues, atendiendo al caso concreto, el dato biológico no solo resultará insuficiente, sino podría generar una clara vulneración a derechos fundamentales del niño, niña o adolescente: identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.
- La paternidad socio afectiva no se encuentra regulada de modo específico en el Código Civil ni en el Código de los Niños y Adolescentes. Es a partir de sentencias emitidas en casos concretos, que se ha reconocido la existencia de la paternidad socio afectiva.
- La prevalencia de la paternidad socio afectiva sobre la biológica, se justifica, no en la norma legal, sino en normas convencionales y

constitucionales como la protección al interés superior del niño, el derecho a la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia; en suma es expresión de la constitucionalización del Derecho.

VI. Lista de referencias

- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista”. Observatorio da Jurisdicao Constitucional. Brasilia 2014.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz T. II. 9.^a edición. Lima 1998. Gaceta Jurídica editores.
- LANDA ARROYO, César. La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú. 1era. edición. Lima 2018. Palestra Editores.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia T IV. 1era. edición. Lima 2013. Gaceta Jurídica editores.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia. 1era. edición. Lima 2001. Gaceta Jurídica editores.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 1era. edición. Editorial Trotta, España, 2003.