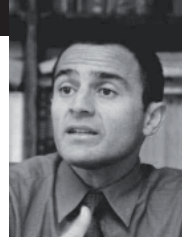


Enrique Varsi Rospigliosi^(*) / Marianna Chaves^(**)

Paternidad socioafectiva

La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto



SUMARIO:

Generalidades. I. ¿Quién puede ser o no ser el padre? II. El renacimiento de la posesión de estado. III. Socioafectividad. IV. De la desbiologización a la axiologización de la paternidad. V. Derecho a la filiación y el derecho al conocimiento del origen genético: distinciones necesarias. VI. El error de la desconstitución del vínculo filial para fines sucesorios o patrimoniales. Conclusión.

MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política del Perú: art. 6.
- Código Civil.

GENERALIDADES

La familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración⁽¹⁾. En el entorno familiar, la estabilidad, permanencia y ostensibilidad es la forma natural del relacionamiento de sus integrantes lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar. **Sentirse** y **ser** tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, conocida modernamente como la paternidad socioafectiva que, por más que se condiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento. Como sostiene Paulo Lôbo⁽²⁾, la consideración de la socioafectividad como categoría jurídica y la consecuente pluralidad de verdades reales de la filiación y de las entidades familiares ha marcado la evolución del Derecho de las Familias moderno.

I. ¿QUIÉN PUEDE SER O NO SER EL PADRE?

Para el Derecho, padre es aquel que confiere su apellido en la partida de nacimiento. Si es nacido dentro del matrimonio se presume que el marido

TEMA RELEVANTE

En este trabajo, en el que se aborda una problemática de actualidad que involucra la regulación del Derecho de Familia prevista en el Código Civil, se plantea la superación de las consideraciones biológicas en la determinación de relaciones familiares, para darle preferencia al aspecto socioafectivo que ya se toma en cuenta en supuestos relevantes, tales como el de la adopción. Con ello se favorecen las consideraciones personales y afectivas antes que las patrimoniales, así la posesión de estado es más importante que determinar quién es el progenitor, lo que puede coincidir o no con quién es el padre.

es el padre y la partida de matrimonio el documento para proceder al registro de nacimiento con la identidad del padre-marido.

Una vez que se haya establecido la paternidad registral se configuran los derechos y obligaciones como son el sostenimiento, custodia y educación. Pero el sistema jurídico, tan vinculado a elementos biológicos a la paternidad, acaso:

- ¿Puede asegurar o ayudar a garantizar el establecimiento de la paternidad?
- ¿Puede identificarse al padre, como progenitor, marido o pareja de la madre a aquel que cría a los

niños y les proporciona el mantenimiento, o a aquel que le da su nombre?⁽³⁾.

La parentalidad, se ha definido en el discurso judicial, en particular de algunos países más conservadores, a través de un sentido de titularidad y de derechos individuales como un fenómeno que crea una concepción individualista de las funciones parentales. Como dice Maria Clara Sottomayor este discurso enfatiza más lo que se debe a los padres que lo que se debe al hijo, reconociendo, al final, derechos a los padres que nunca han cumplido, o que hayan cumplido de manera deficiente sus obligaciones para con sus hijos. Por lo tanto, se rompe la idea

(*) Profesor en la Universidad de Lima, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Representante del Perú ante el Comité Intergubernamental de Bioética de la Unesco.

(**) Doctorando en Derecho Civil en la Universidad de Coimbra. Magíster en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa. Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa, posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI - Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual y la Universidad de Lisboa; posgrado en Derecho de la Filiación, Adopción y Protección de Niños y Adolescentes por la Universidad de Lisboa; Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia). Miembro de la *International Society of Family Law*.

(1) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho de las Familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. Proyecto de investigación inédito auspiciado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Lima, 2009.

(2) LÔBO, Paulo. "Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental". En: *Afetos e estruturas familiares*. Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos, Naime Márcio Martins Moraes (Coords.). Belo Horizonte, Del Rey/ IBDFAM, pp. 453-472, 2010, p. 453.

(3) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 116 y 117.

básica inherente a la justicia social y la igualdad que exige la reciprocidad entre derechos y obligaciones. Los derechos con relación a los hijos no pueden dejar de ser, en primer plano, derechos merecidos o ganados a través de la asunción de responsabilidades, el cuidado y la construcción de una relación afectiva de calidad⁽⁴⁾. La misma autora sostiene que la noción de la parentalidad como responsabilidad significa que la relación con los demás es parte de nuestra identidad y nos lleva a situarnos en el lugar del otro y considerar los intereses de los demás⁽⁵⁾.

En el mismo sentido se manifiesta Paulo Lôbo⁽⁶⁾ cuando dijo que la filiación no es un determinismo biológico aunque la naturaleza humana nos lleve a la procreación sino una construcción cultural y afectiva permanente que es originaria de la convivencia y la responsabilidad.

Para demostrar que la paternidad no es un mero hecho de la naturaleza nada mejor que ejemplificar el instituto milenar de la adopción. Como señala João Baptista Villela⁽⁷⁾, la adopción suplanta el origen biológico por un nivel más alto como es la libre determinación de la voluntad. Incluso, teniendo en cuenta las líneas evolutivas del Derecho de Familia, la adopción se presenta como la paternidad del futuro por la excelencia enraizada en el ejercicio de la libertad. Solo el padre adoptivo se da la opción de algún día ser capaz de repetir a sus hijos lo que Cristo dijo a sus apóstoles: "No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os elegí a vosotros" (Juan: 17, 16).

Según Rodrigo da Cunha Pereira⁽⁸⁾, separándose del concepto de la paternidad biológica y de las ideologías que disfrazan los sistemas de parentalidad, considera que la paternidad es, según el psicoanálisis, una función. Sí, una función paterna realizada por un "padre" que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Por lo tanto, calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre, el amante, el compañero, el protector de la madre durante el embarazo, el tío, el abuelo, aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel-función como padre. Como se señala en la doctrina de Portugal⁽⁹⁾, en los cerebros de los niños lo que se registra, lo que forma la persona, más que sus genes son sus relaciones con la gente que realmente se hizo cargo de ellos.

Actualmente, se viene consolidando en la dogmática *ius familista* la teoría que en ejercicio del derecho a la dignidad y el derecho al conocimiento del origen genético es perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir el vínculo socioafetivo y los derechos que de ella se configuran, considerándose que estos se originan de una paternidad legalmente existente⁽¹⁰⁾. Y es que el estado de filiación se deriva de la comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos originarios, por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación, sea genética o no⁽¹¹⁾. Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para dismantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socioafetivo⁽¹²⁾ por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación⁽¹³⁾. Este se ha generado y como tal debe prevalecer.

II. EL RENACIMIENTO DE LA POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica.

El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) *tractatus* comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres); (ii) *nomen* (la persona tiene el nombre de familia de los padres); y, (iii) *fama* (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades)⁽¹⁴⁾. En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven⁽¹⁵⁾.

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho⁽¹⁶⁾ y el símbolo máximo de una relación social paterno-filial.

La posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética⁽¹⁷⁾ en razón de que más valen

(4) SOTTOMAYOR, Maria Clara. "Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva". En: *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação "Proteção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho"*. Coimbra, Coimbra Editora, pp. 23-60, p. 33.

(5) *Ibidem*, p. 34.

(6) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 456.

(7) VILLELA, João Batista. "Desbiologização da paternidade", en Sep. da *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, año XXVII, n. 21, mayo, pp. 400-419, 1979, p. 417.

(8) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Ob. cit., p. 117.

(9) SOTTOMAYOR, Maria Clara. Ob. cit., p. 50.

(10) En este sentido, ya ha expresado el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul - Brasil: **Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de dna. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional.** Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; AC 70029363918; 8ª C.Civ.; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; DOERS 14/05/2009; p. 55).

(11) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 204.

(12) Como ya indicó el Tribunal de Justicia de Minas Gerais - Brasil: **Ação negatória de paternidade. Exame de dna. Perícia excludente da paternidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Demonstração da existência de vínculo sócio-afetivo. Improcedência do pedido.** Em princípio, quando o lastró genético não subsiste, segundo a perícia, exame de DNA, a declaração da não paternidade é medida que se impõe, visando proteger até mesmo direito do próprio menor. Entretanto, se comprovada a existência da paternidade sócio-afetiva, como no caso dos autos, a improcedência do pedido formulado na ação negatória de paternidade é medida que se impõe. (TJMG; AC 1.0701.06.166161-0/001; 1ª C.Civ.; Rel. Des. Geraldo Augusto; DJEMG 23/04/2008). Bottom of Form

(13) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*, Ob. cit., p. 204.

(14) *Ibidem*, p. 212.

(15) *Idem*.

(16) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. y actualizada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pp. 589-590.

(17) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*, Ob. cit., p. 212.

las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van (re) componiendo, los segundos son inalterables pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro lo cual no genera una relación de familia sino, simplemente, una relación genética. La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también se le conoce, la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético⁽¹⁸⁾.

Por lo tanto, cómo actúan las partes, el tratamiento dedicado a aquel que, sin ser un hijo biológico es un hijo del amor, sirve, sin duda, para la definición de la paternidad socioafectiva donde la posesión de la condición demostrada es eficiente para la afirmación acerca de la filiación y la paternidad⁽¹⁹⁾. En buena cuenta la socioafectividad es una moderna forma de redescubrir y entender la posesión constante de estado filial.

III. SOCIOAFECTIVIDAD

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana⁽²⁰⁾.

El afecto, respeto, consideración que construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven, sin duda para formar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser el elemento genético y tendrá en cuenta la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento de vínculo paterno-filial en un verdadero proceso de construcción de la paternidad en un sentido más amplio, donde lo **afectivo es efectivo**⁽²¹⁾.

1. Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva

La filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encauzando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socioafectiva

se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco —de ida y vuelta— como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento de que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del estatus del hijo como una excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera “desbiologización” de la filiación haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes⁽²²⁾ cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes.

La afectividad es un principio jurídico reconocido en el Derecho Comparado⁽²³⁾ que caracteriza en el ámbito de la familia la solidaridad⁽²⁴⁾. Tenemos entonces que, llevada al ámbito de la paternidad, la socioafectividad está marcada por una serie de actos de cariño, de entrega y consideración que demuestran, claramente, la existencia de una relación entre padres, madres e hijos. Significa, como dice Rolf Madaleno: “encender la llama del afecto que siempre ha calentado los corazones de los padres y los niños socioafectivos, el espacio reservado por Dios en el alma y en los deseos de cada mortal, de acoger, como un hijo a aquel que se crió dentro de su corazón”⁽²⁵⁾.

El vínculo socioafectivo depende, obviamente, de la prueba de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida. Sin embargo, y como es lógico, no es necesario que el afecto esté presente en el momento en que se discute en la Corte una filiación. A menudo, cuando se trata en los tribunales

la cuestión filiativa es porque el afecto cesó, desapareció por diversas razones. Lo importante es demostrar que el cariño estaba presente durante la convivencia, que el afecto como vínculo conectó a las personas durante esa parte de la vida. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento, ya no existe. Aquí se acomoda, precisamente, el ejemplo de la llamada **adopción a la brasileña** establecida cuando una persona registra y reconoce como su hijo a uno extraño. Imaginemos que a pesar de estos años de afecto y de la vida cotidiana como padre e hijo por algún motivo se desea negar la relación filiatoria alegándose, por alguna cuestión valedera, quizá, que el afecto ya no existe más; en este caso, la filiación fue establecida por el criterio afectivo que **debe ser** reconocido por el juez⁽²⁶⁾ y que **no puede** quedar a un simple arbitrio por más prueba negativa de componentes genéticos.

2. La filiación socioafectiva en el Derecho Constitucional y en la jurisprudencia internacional

La Constitución Política del Perú en su artículo 6 consagra explícitamente el deseo de ser padres con el correspondiente componente socioafectivo cuando indica que: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. Paternidad responsable es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que **el derecho a la filiación no es**

(18) La simple ausencia de vínculos biológicos no tiene el poder para dismantelar a una paternidad que persistió en el tiempo y poseía como base la buena fe y el afecto, como demuestra la siguiente resolución judicial de Brasil, juzgada en el Distrito Federal: Embargos infringentes. Ação de anulação de registro civil. Ausência de vínculo biológico. Relação socioafetiva demonstrada. Vícios não comprovados. Validade do ato. Improcedência do pedido. 1. Registro de nascimento feito por quem sabia não ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada. 2. Uma vez procedido o registro civil de forma livre, consciente e de boa-fé, por pessoa capaz e com discernimento do ato que praticara, inexistente o alegado vício de consentimento. 3. A mera ausência de vínculo biológico entre o falecido e a adotada não importa, necessariamente, no imediato acolhimento do pedido de anulação do registro civil, haja vista que a paternidade e a filiação podem se assentar em critérios socioafetivos, por não decorrerem de um fato meramente natural. 4. Restando comprovado que o falecido reconheceu a paternidade da menor, de forma voluntária e espontânea, além dos depoimentos colhidos em juízo demonstrarem que a infante encontrava-se inserida no seio familiar do *de cujus*, não deve prevalecer os vícios alegados, tornando-se insubsistente a declaração da nulidade do ato registral. 5. Embargos infringentes conhecidos e não providos. (TJDF; EIC 1999.06.1.003958-5; Ac. 354.784; 3ª C.Civ.; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 08/05/2009; p. 62).

(19) PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. “A socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o nome do padrao”. En: *Direito das Famílias - Contributo do IBDIFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/Maria Berenice Dias* (org.), Editora Revista dos Tribunais, pp. 343-358, São Paulo, 2009, p. 347.

(20) SEREJO, Lourival: “O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade”. En: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p. 547.

(21) Comparten este pensamiento: PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Ob. cit., p. 347.

(22) Cfr. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 590.

(23) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Bello Horizonte, Ed. Del Rey, 2005, p. 92 y ss. LÓBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.34. DIAS, Maria Berenice: *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 58 y ss.

(24) LÓBO, Paulo: “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ”. En: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p.798.

(25) MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 27.

(26) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 592.

solamente el derecho a la filiación biológica es, también, el derecho a la filiación vivida⁽²⁷⁾, lo cual se enlaza con el compromiso y el compartimiento de los sujetos. Esta declaración de principio en la Carta Magna es un reconocimiento de la filiación socioafectiva o como la **filiación por ligación afectiva**.

Independientemente de que la codificación civil no trate la filiación socioafectiva, en el caso del Brasil, la jurisprudencia la ha reconocido y le viene concediendo prestigio a la prevalencia de la denominada **posesión de estado de hijo**, lo que representa en esencia el substrato fáctico de la única y verdadera filiación, sostenida por el amor y el deseo para ser un padre o una madre y, en definitiva, para establecer espontáneamente los lazos de la relación filial⁽²⁸⁾. A criterio de Krasnow "(...) amar al hijo en referencia al *deber ser* es integrarlo en la vida de los padres, creándose un vínculo triangular que buscará la personalización de quienes lo integran, en cumplimiento del valor humanidad"⁽²⁹⁾, es lo que luego veremos al tocar el moderno tratamiento de la posesión de estado.

Una reciente decisión judicial dictada en el Estado de Porto Alegre - Brasil determinó que **comprobada la paternidad biológica por más de 40 años de nacimiento del hijo y no existiendo interés de anular o rectificar el actual registro de nacimiento implica solo el reconocimiento de la paternidad biológica, sin concesión del derecho hereditario o rectificación del nombre**⁽³⁰⁾. Se trata de una decisión inédita que consagra la posibilidad de declarar judicialmente la paternidad biológica sin que ello implique la anulación del actual registro en el que consta la paternidad socioafectiva⁽³¹⁾. En este caso, se legitima objetivamente la existencia de paternidades concomitantes, es decir, la presencia de una paternidad biológica, marcada por los genes, y una paternidad socioafectiva, sustentada en el afecto y que así consta en el registro. El argumento es que no existe ningún tipo de justificación para impedir la libre investigación de la paternidad por el hecho de que un sujeto esté registrado como hijo de padres socioafectivos. Concluyéndose que, negar el reconocimiento de la verdad biológica es una restricción al derecho de la persona y, sobre todo, al derecho a la identidad⁽³²⁾.

Con esta lógica, y el amparo jurisdiccional que se le otorga, nada impide que una persona tenga dos padres, uno legal y otro afectivo. Es más, que se indique así en el registro de estado civil presentándose actualmente los denominados casos de bipaternidad,

un hijo con una madre y dos padres⁽³³⁾. Esta es una forma directa de garantizar el legítimo derecho de saber quién es el progenitor, aquel que engendró, siendo, por su parte, los padres afectivos aquellos vinculados jurídica y emotivamente al hijo.

3. La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos

Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica, no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos⁽³⁴⁾.

La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente.

La paternidad socioafectiva⁽³⁵⁾ es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal. Como dice Krasnow: "cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar"⁽³⁶⁾, este

es el resultado de una efectiva y afectiva paternidad.

Claramente considera Maria Berenice Dias⁽³⁷⁾ que la filiación socioafectiva corresponde a la verdad aparente y recorre el Derecho a la filiación. La necesidad de mantener la estabilidad de la familia en reconocimiento de su función social hace que se atribuya un papel secundario a la verdad biológica. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco psicológico prevalece sobre la verdad biológica y también sobre la realidad legal⁽³⁸⁾. Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir.

Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar de la posesión de estado, siendo esta la máxima prueba de un estado filial.

Padre es el que cría, siendo el que engendra el progenitor. Existe entre ambos una enorme diferencia que **debe ser** observada y tratada normativamente en su verdadera dimensión y trascendencia. Lo contrario implicaría un retroceso. Considera Roberto Albuquerque Júnior⁽³⁹⁾ que no puede confundirse **padre** con **progenitor**, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico. En este orden de ideas, es fundamental diferenciar el **derecho al padre**⁽⁴⁰⁾ y el derecho

(27) DUARTE, Rodrigo Collares. Desbiologização da paternidade e a falta de afeto. *Jus Navigandi*, Teresina, año 8, n. 481, 31 oct. 2004. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, [20 nov. 2009].

(28) Cfr. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, 3. ed. revisada, actualizada y ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 366.

(29) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 123.

(30) Exp. Nº 70031164676, 8ª Cámara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, Comarca de Porto Alegre - Brasil. Sumilla: Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Concordância do pai e filho biológicos em manter o registro que espelha a paternidade socioafetiva. Pedido que se restringe ao reconhecimento da paternidade biológica. Sem condenação em honorários em razão da ausência de conflito de interesses.

(31) GIORDANI, Cristina Siliprandi. "Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva", en: <http://forum.jus.uol.com.br/>, [20/11/2009].

(32) Ídem.

(33) CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, año 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, [20 nov. 2009].

(34) Ídem.

(35) SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. *Jus Navigandi*, Teresina, año 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, [20 nov. 2009].

(36) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 122.

(37) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada. Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 35.

(38) DIAS, Maria Berenice. "Investigando a parentalidade". En: *Revista do CEJ*, n. 27, p. 64-68, Brasília, out./dez. 2004.

(39) ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, año 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, [20 nov. 2009].

(40) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Se eu soubesse que ele era meu pai". En: *Direito civil: Estudos*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pp. 69-80.

al conocimiento del origen genético. Ambos derechos, a nuestro criterio, inconfundibles.

IV. DE LA DESBIOLOGIZACIÓN A LA AXIOLOGIZACIÓN DE LA PATERNIDAD

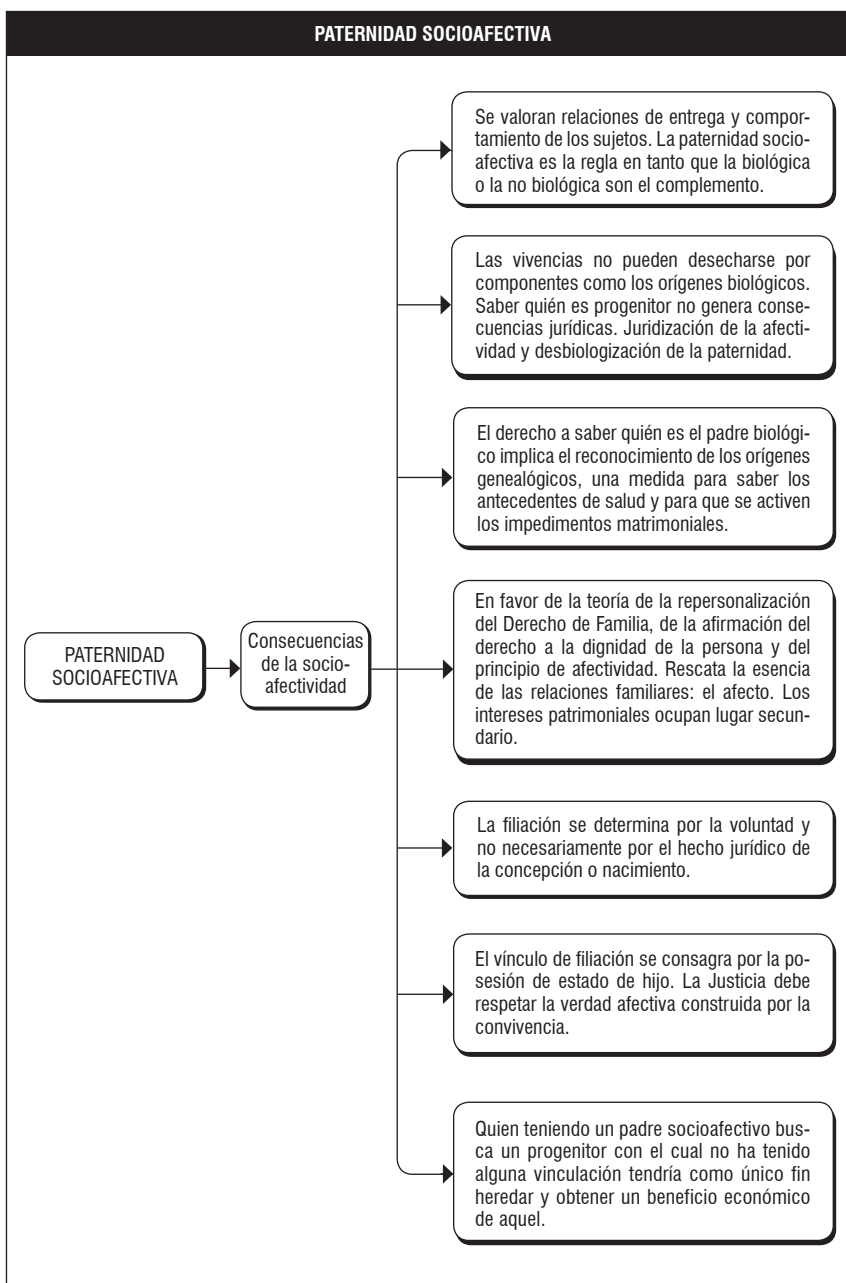
El sustento de la desbiologización de la paternidad es enfatizar el **afecto** en la relación padre e hijo, considerando que las relaciones familiares son fruto de la afectividad⁽⁴¹⁾. Desbiologización de la paternidad significa convivencia socioafectiva sobrevenida a la biológica⁽⁴²⁾; es decir, es aquella situación en la que se hace prevalecer el hecho cultural versus el hecho natural y representa la máxima expresión de la afectividad que es inicial y finalmente el sustento de las relaciones familiares.

Roberto Albuquerque Júnior considera que: "Ese paradigma del biologismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos hacia la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad"⁽⁴³⁾.

En la doctrina europea, Maria Clara Sottomayor sostiene –hablando en particular de los niños– que "la verdad sociológica y emocional, experimentada por el niño, es una realidad cada vez más presente en su vida, y necesaria para su bienestar emocional y desarrollo de la identidad, que la identidad biológica. La jurisprudencia de la **biología** es una violencia psicológica a los sentimientos del niño y un obstáculo a su libre desarrollo, y significa la persistencia, en el sistema judicial, de una mentalidad que considera al niño como un objeto, que solo requiere un alojamiento y alimentación, y desconoce la importancia del afecto y de la relación emocional para su crecimiento y felicidad"⁽⁴⁴⁾.

La ministra Nancy Andrighi⁽⁴⁵⁾ al juzgar un caso de reconocimiento de filiación consideró que **tomar como falsa la declaración de paternidad cuando no coincide con los tests biológicos, sin mayores ponderaciones, es ver la realidad sobre el prisma estrictamente tecnicista, volteándose las cosas a lo que interesa de hecho para que las personas existan dignamente**. La magistrada busca reconocer y sustentar la filiación en su contenido vivencial más que en su esencia genética. La primera es vivida, la segunda adquirida.

El profesor brasileiro Paulo Lôbo expresa claramente, por su parte, que hacer coincidir la filiación con el origen genético es transformar el hecho cultural en determinismo biológico que no



contempla sus dimensiones existenciales⁽⁴⁶⁾. La certeza absoluta del origen genético no es suficiente para fundamentar la filiación dado que otros

(41) DUARTE, Rodrigo Collares. Ob. cit.
 (42) PAULILLO, Sérgio Luiz. A desbiologização das relações familiares. *Jus Navigandi*, Teresina, año 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, [20 nov. 2009].
 (43) ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. Ob. cit.
 (44) SOTTOMAYOR, Maria Clara. Ob. cit., p. 52.
 (45) Resp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 267. <http://br.vlex.com/vid/41870947> [20/11/2009] RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.
 (46) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 203.

son los valores que dominan ese campo de las relaciones humanas⁽⁴⁷⁾.

La identidad genética no se confunde con la identidad de la filiación que está (entre)tejida de relaciones afectivas que el ser humano construye entre la libertad y el deseo⁽⁴⁸⁾. Como ya se ha dicho, la parentalidad, per se, no es un hecho de la naturaleza sino un hecho cultural. Y, como dice João Baptista Villela "ser padre o madre no es tanto el hecho de generar cuanto en la circunstancia de amar y servir"⁽⁴⁹⁾. Debe tenerse en cuenta que la filiación no solo se refleja en el nacimiento. La familia no se limita a la sangre, esta significa el crecimiento, la experiencia, la madurez y el envejecimiento juntos. Se es madre y padre por elección y libertad personal, lo contrario, simplemente no determina nada. Familia debe ser concebida como la opción y el ejercicio que puede conducir a un feliz acercamiento entre los que tienen y necesitan dar y los que no tienen y necesitan recibir⁽⁵⁰⁾, nunca puede ser establecida sobre la base de la fatalidad.

A nivel jurisprudencial, la construcción de un derecho al conocimiento de los orígenes genéticos se realizó en Alemania, contra las resoluciones de la Corte Constitucional de finales de los años 80. En términos de doctrina, en el Derecho alemán en 1976, Kleineke argumentó que el derecho al conocimiento de los orígenes biológicos fue respaldado no solo por la dignidad humana, sino también por el derecho general de la personalidad y debe ser considerado una subespecie del derecho general de la personalidad, conceptos que fueran reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del 18 de enero de 1988, 31 de enero de 1989, 26 de abril de 1994 y 6 de mayo de 1997⁽⁵¹⁾. En la decisión de 1994, reconoció nítidamente el derecho a la personalidad en el conocimiento del origen genético "sin efectos en la relación de parentesco"⁽⁵²⁾. La influencia de la teoría del *BverfG* ha llegado a la Corte Suprema de los Países Bajos que en la sentencia *Valkenhorst* del 15 de abril de 1994 reconoció el derecho general del niño a su personalidad, argumentando que él debe entender el derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos⁽⁵³⁾. En razón de ello se puede decir que todo ser humano, como regla general, tiene derecho a conocer su origen genético por varias razones: como derecho de la persona, como información para efectos de la ciudadanía, por necesidad psicológica, por razones de información para diagnósticos y efectos de la terapia de enfermedades genéticas.

Pero es necesario e imperativo tener en cuenta que el derecho a conocer los

orígenes genéticos no tiene –y jamás deberá tener– el poder para dismantlar una filiación socioafectiva explícita y sin lugar a dudas existente. Negar la paternidad socioafectiva, en particular, por motivos patrimoniales es volver al pensamiento antiguo de la monetización, la estandarización, la sacralización, la deificación del mundo genético. El punto esencial es que la relación de paternidad no depende más de la exclusiva relación biológica entre el padre y el hijo, siendo toda paternidad socioafectiva y esta puede tener un origen biológico o no biológico⁽⁵⁴⁾. La socioafectividad es la regla, es decir, la paternidad socioafectiva es el género del cual son especies la paternidad biológica y la no biológica⁽⁵⁵⁾. El afecto es la piedra angular de cualquier relación familiar.

El Derecho de Familia moderno muestra que el afecto está por encima del biologismo de muchas maneras, si no todas, sobre todo cuando hay una relación existente.

Así, a un ser humano no se le debe negar su derecho al conocimiento de su origen genético, sin embargo, en una relación de paternidad socioafectiva, la filiación genética solo puede tener un efecto declarativo, sin ninguna implicación patrimonial o sucesoria en relación con el padre biológico, porque esto iría contra todos los principios democráticos e inclusivos que el Derecho de Familia moderno viene construyendo.

Un caso en Argentina. Una pareja casada desde 1966, en cuyo lapso de convivencia tiene tres hijos, se divorcia en el 86. En 1995 ella se casa con otro hombre a quien, luego de exámenes de ADN, se demuestra que es el padre biológico de los tres hijos. Estos accionan contra la madre y el padre originario para impugnar la paternidad solicitando, además, la declaración de filiación extramatrimonial respecto

del padre biológico, acciones que son precedentes en base al resultado del ADN. Ante tal situación el ex marido accionó contra la mujer y su nueva pareja para que se compense por los daños sufridos, acción que es declarada procedente en primera y segunda instancia. La decisión se centró en el daño sentimental sufrido por el padre socioafectivo por la desconstitución del estado de filiación que le originó un sufrimiento moral, privándolo del contacto con sus hijos que crió durante veinte años de convivencia con la madre. Situaciones dramáticas como esta hacen resaltar los riesgos del absolutismo de la llamada verdad biológica, que confunde la filiación con el derecho a la personalidad⁽⁵⁶⁾.

Es por ello que se sustenta que vamos hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad.

V. DERECHO A LA FILIACIÓN Y EL DERECHO AL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN GENÉTICO: DISTINCIONES NECESARIAS

Si bien se dice que la paternidad de naturaleza socioafectiva es hipercompleja e inclusiva⁽⁵⁷⁾, es necesario establecer que son dos los fundamentos básicos de la teoría de este tipo de paternidad: (i) La distinción entre progenitor y padre, y; (ii) La distinción entre el derecho a la filiación y el derecho a conocer el origen genético, ambos derechos con sus propias diferencias pero que se encuentran entrelazadas⁽⁵⁸⁾.

Sobre la cuestión de distinguir a los padres de los progenitores, Rose Melo Vencelau⁽⁵⁹⁾ afirma que si bien puede haber un consenso general que el padre ama a su hijo, también hay un consenso de la comunidad psiquiátrica en que el progenitor no es necesariamente el padre. La misma autora cita a Bernard This, quien se refiere al papel

(47) *Ibidem*, p. 204.

(48) *Idem*.

(49) VILLELA, João Baptista. Ob. cit., p. 409.

(50) *Ibidem*, pp. 400-419, 1979, pp. 415-417.

(51) REIS, Rafael Vale e. *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 488.

(52) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 204.

(53) REIS, Rafael Vale e. Ob. cit., p. 488.

(54) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ", en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p. 795.

(55) *Ibidem*, p. 796.

(56) FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa. "Un *leading case* sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?". En: *Jurisprudencia Argentina*. t. 2004-III, p. 392 y ss.

(57) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". Ob. cit., p. 802.

(58) ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. Ob. cit.

(59) VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 112.

del padre cuando sostiene que “después de la fecundación, el portador de los genes puede desaparecer; ha transmitido el ‘germen’ que su cuerpo llevaba. Como ‘progenitor’ ya no es necesario, su tarea ya está llevada a cabo”. Más adelante, sobre el papel de padre, el autor dice que la paternidad está vinculada al problema de adopción, ya que, progenitores o no, adoptamos a nuestros hijos⁽⁶⁰⁾.

Toda persona humana tiene derecho al estado de filiación. La constitución de dicho estado puede darse a través del conocimiento del origen genético solo cuando una persona carezca de lazos de paternidad contruidos por vía de la afectividad⁽⁶¹⁾. Es decir, la determinación jurídica de la paternidad, sobre la base del biologismo, debe darse en aquellos casos en los que una persona carece de padre y progenitor (ADN sin afecto). La premisa para estos casos es que la investigación de la paternidad tiene como objeto asegurar un padre a quien no lo tiene, es un reconocimiento del **derecho a la paternidad** que se concede a quien carece de contrapartida, lo que amerita que pueda investigarse para que sea reconocida judicialmente.

Diferente es el caso cuando hay una relación de paternidad socioafectiva preconstituida. Frente a esta situación existe el derecho a la investigación del origen genético sin que ello implique una vindicación de la paternidad⁽⁶²⁾ (afecto sin ADN). Con esta lógica, no es admisible la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica, en la medida que esta solo se impone si corresponde a aquella⁽⁶³⁾. Es decir, si hay coincidencia entre una y otra es viable la acción de determinación de paternidad para complementar una relación filial. Guilherme de Oliveira, citado por Paulo Lôbo, considera que la posesión de estado de hijo consolida vínculos que no se asientan en la realidad natural, impidiendo el ejercicio del derecho a impugnar el interés del hijo contra la relevancia jurídica de una paternidad manifiestamente perjudicial⁽⁶⁴⁾. De allí fluyen las diferencias existentes entre el derecho a reclamar la filiación, el derecho a tener un padre y el derecho al conocimiento del origen genético, derechos estos que no pueden confundirse ni tratarse como sinónimos.

En el escenario actual de las relaciones familiares y del desarrollo de la genética, la tendencia es buscar una armonización entre el derecho de la personalidad al conocimiento del origen genético, así como la necesidad de materialización y prevención del derecho a la salud y el derecho al parentesco cuando ya está establecido

tomándose en cuenta el principio jurídico de la afectividad⁽⁶⁵⁾.

VI. EL ERROR DE LA DESCONSTITUCIÓN DEL VÍNCULO FILIAL PARA FINES SUCESORIOS O PATRIMONIALES

La paternidad es mucho más que el mero compromiso económico reflejado en el provisionamiento de alimentos o la causa para la partición de bienes hereditarios⁽⁶⁶⁾. Los efectos patrimoniales en un vínculo filial deben consagrarse en los mismos orígenes de la esencia de la paternidad, vale decir, en la afectividad entre las partes. Por muy sencillo que parezca no solo por cumplir una fórmula o compartir componentes genésicos vamos a crear una **verdad**. La verdad en el vínculo filial, con los efectos que esta genera, está consagrada en la realización de vida de un hijo y un padre.

Por estas consideraciones, que son premisas de trabajo insoslayables y antes de sustentarnos en la normativa escrita, debemos apelar a la ética para responder a estas preguntas:

- ¿Puede un padre socioafectivo, a sabiendas de que no es su hijo biológico, dismantelar la consciente relación afectiva construida durante la larga convivencia gobernada por una comunión de vidas y afecto con su hijo registral, tomando como argumento que el registro de nacimiento es ideológicamente falso, única y exclusivamente para deshacerse del sostenimiento económico o solo por el hecho de no existir más afecto?
- ¿Puede un hijo hacer caso omiso de la relación de toda una vida con su padre socioafectivo y destruir el lazo paternal sociológico y jurídico existente, única y exclusivamente con una finalidad sucesoral o patrimonial respecto de un padre biológico con quien nunca tuvo una relación de padre e hijo?

La respuesta a ambos casos **debe ser** negativa.

La acción de desconstitución de una paternidad socioafectiva a largo plazo en estos casos se traduce en la conveniencia de eliminar una paternidad o buscar un segundo padre con el propósito de lograr beneficios económicos. En el segundo caso que es, tanto o más controversial que el primero, el punto es la sola búsqueda del origen genético con una finalidad ilícita, contraria a toda norma legal y ética.

Existiendo padre registral y socioafectivo, razones éticas —de acuerdo al pensamiento de Rolf Madaleno⁽⁶⁷⁾— nos guían hacia la eliminación de los efectos jurídicos de la vinculación parental con efectos materiales y económicos en relación con el padre genético, por las siguientes razones:

- Porque una relación biológica tardía no debe prevalecer sobre la paternidad basada en la vida familiar, que es el resultado de una intensa relación socioafectiva construida por el afecto a lo largo de los años entre hijo y padre registrales;
- Porque negar esa relación pura y preciosa generada por un vínculo de afecto solo por monedas, dinero o bienes materiales significa una vulneración a la dignidad de la persona al sobreponer las cosas materiales;
- Porque en la ponderación de los valores debe prevalecer el derecho constitucional de respeto a la dignidad humana y el valor que se muestra digno de preservación son los lazos que nacen del amor.

Sumándonos a José Roberto Moreira⁽⁶⁸⁾ se concluye que si fuera voluntad del hijo, sea por acto propio, asistido o representado, él podrá en cualquier tiempo, en base a la imprescriptibilidad de su derecho, investigar su origen genético sin que esto constituya una disminución, discriminación o desconsideración de la filiación socioafectiva,

(60) THIS, Bernard. *O pai: ato de nascimento* (trad. Mário Fleig e Luiz Carlos Petry), Porto Alegre, Artes Médicas, 1987, p. 15 apud VENCELAU, Rose Melo: *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 112.

(61) LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”, en: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, pp. 134-156, ago./set. 2003b.

(62) Ídem.

(63) LÔBO, Paulo. “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ”. Ob. cit., p. 806.

(64) OLIVEIRA, Guilherme. *Criterio jurídico da paternidade*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 414. Cit. LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 213 y 214.

(65) LÔBO, Paulo. “Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”. Ob. cit., p. 460.

(66) LÔBO, Paulo. “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ”. Ob. cit., p. 796.

(67) MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, 3. ed. revisada, actualizada y ampliada Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 370.

(68) MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética. Jus Navigandi*, Teresina, año 6, n. 55, mar. 2002. Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/>>, 20 nov. 2009.

por ventura formada, y sin que implique cualesquiera otros derechos inherentes a la filiación que generen un mero reconocimiento genético.

CONCLUSIÓN

Socioafectividad es una palabra compuesta de dos adjetivos.

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen. 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 sentimentales (afectividad). La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, esta paternidad se basa en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmando el principio de inmodificabilidad del estado de filiación.

La razón de la socioafectividad se sustenta en el hecho de que las vivencias no pueden ser desechadas por componentes muchas veces no deseados, como son los orígenes biológicos. Acreditado el estado solo queda viabilizar el derecho a conocer el origen genético, saber quién fue mi progenitor, sin generar consecuencias jurídicas. Vamos, como se viene diciendo, hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad. El sentimiento dominante, en la sociedad actual ya no es biologista. Adiós al ADN si de afecto se trata.

Debemos recordar que el afecto es el producto de la evolución social. Cada vez obliga más y más. Crea vínculos y genera responsabilidad entre los sujetos. De ahí la necesidad del Derecho de proteger a este hecho social que

por ser producto de diversos factores, al final, no deja de ser jurígeno.

El objetivo de la investigación de la paternidad es encontrar un padre a quien no lo tiene. No es admisible motivar judicialmente la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica. Esta podrá ser establecida, mediando una socioafectiva, siempre y cuando corresponda a ella, es decir, que exista coincidencia entre una y otra de forma tal que la acción de determinación de paternidad tenga como fin complementar una relación filial. Toda persona tiene derecho a la paternidad. Si tiene el derecho mas no la paternidad puede investigarse para que sea reconocida judicialmente. Además de ello, el derecho a saber quién es el padre biológico implica el reconocimiento de los orígenes genealógicos, además de operar como una medida para saber los antecedentes de salud y para que se activen los impedimentos matrimoniales generando una paz social.

El reconocimiento jurídico de la paternidad socioafectiva es un paso sumamente importante en favor de la teoría de la repersonalización del Derecho de Familia, de la afirmación del derecho a la dignidad de la persona y del principio de afectividad. Es bajo esta conceptualización que se viene rescatando la esencia de las relaciones familiares considerando que la persona es el eje y su centro de atención. Persona que, para integrarse en estas relaciones sui generis, requiere de motivaciones espirituales y sentimentales, es decir, de afecto para consolidar los vínculos familiares, ocupando los intereses patrimoniales un lugar secundario. Así como la voluntad es para la teoría contractual su esencia, el amor es a la familia su esencia de ser y continuar. Esto es importante dado que en la mayoría de las acciones de filiación los intereses patrimoniales son los móviles más comunes.

El derecho a la identidad es la consagración normativa del respeto a

nuestros signos distintivos dentro de los que se encuentra la filiación. Esta se determina por la voluntad y no necesariamente por el hecho jurídico de la concepción o nacimiento, salvo el establecimiento de la misma en el matrimonio. La filiación no es un acto jurídico, es la relación jurídica que surge por determinación de la ley, la adopción, el reconocimiento o una sentencia, siendo estos tres últimos típicos actos jurídicos del Derecho de Familia. El objeto de cada uno de estos actos es generar la relación paterno filial, siendo su fin o causa ser parte de una familia, lo cual no puede tener un fin económico en la medida que el acto sería ineficaz.

Debemos recordar que si un sujeto tiene un vínculo de filiación consagrado en la posesión de estado de hijo, ya tiene un padre. La justicia debe respetar la **verdad afectiva** que es la construida por la convivencia. Una declaración de paternidad biológica debe limitarse a esto, solo con fines declarativos sin ningún cambio o corrección en el registro civil, sin generar consecuencias jurídicas y aún menos patrimoniales. Permitir el imperio de la biología y la genética por sobre encima del afecto sería hacer caso omiso de toda la construcción despatrimonializante y dignificante del Derecho de Familia, promoviendo el enriquecimiento ilícito en muchas acciones tendenciosas. De manera tal que, quien teniendo un padre socioafectivo busca un progenitor con el cual no ha tenido alguna vinculación, accionando su declaración obtendría una sentencia declarativa de paternidad cuyo objeto sería física y jurídicamente imposible y que además carecería de causa al tener como único fin heredar y obtener un beneficio económico de su progenitor.

Esta sentencia judicial implicaría legitimar el reconocimiento a una renuncia a lo adquirido por naturaleza que no es otra cosa que desconocer la esencia social y natural de la familia y del hombre como ser social.