



Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Escuela de Posgrado

Programa Académico de Maestría en Derecho Civil

LA MULTIPARENTALIDAD:
REDEFINIENDO LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

Tesis presentada por:

ALEX FERNANDO PLÁCIDO VILCACHAGUA

Cód. ORCID 0000-0002-1145-584X

Para obtener el Grado Académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL,
con mención en Derecho de Familia

Línea de Investigación Derechos del Niño y Adolescente

Asesor:

Mario Remo Romero Antola

Cód. ORCID 0000-0002 -1854-7878

Lima – Perú

2023

Los miembros del jurado han aprobado el estilo y el contenido de la tesis sustentada por:

ALEX FERNANDO PLÁCIDO VILCACHAGUA

Mario Remo Romero Antola

Asesor: Nombres y Apellidos

Rosario Guadalupe Alarcón Alarcón

Presidente: Nombres y Apellidos

Karolina Kira Kriete Urruchi

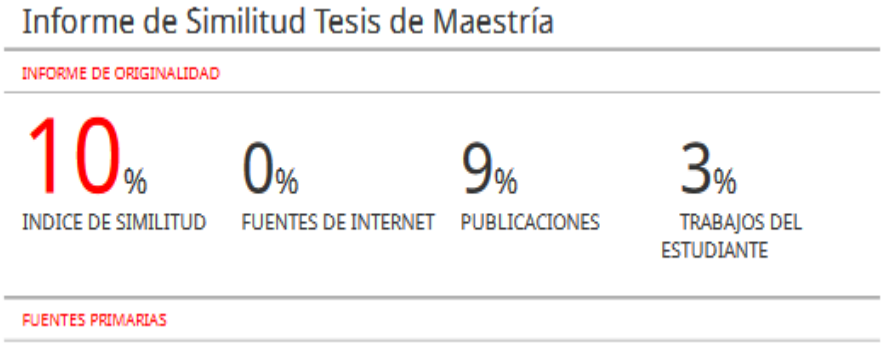
Miembro de Jurado 1: Nombres y Apellidos

Liliana Micaela Seminario Méndez

Miembro de Jurado 2: Nombres y Apellidos

Rosario Guadalupe Alarcón Alarcón
Directora de la Escuela de Posgrado

Declaratoria de Originalidad del Asesor

Facultad o Escuela de Posgrado:	Escuela de Posgrado	
Escuela Profesional o Programa Académico:	Maestría en Derecho Civil	
Dependencia a la que pertenece el docente asesor:	Ciencias Jurídicas	
Docente asesor que verifica la originalidad:	Mario Remo Romero Antola	
ORCID:	0000-0002-1854-7878	
Título del documento:	LA MULTIPARENTALIDAD: REDEFINIENDO LAS RELACIONES PATERNOFILIALES	
Autora(s) del documento:	ALEX FERNANDO PLÁCIDO VILCACHAGUA	
Mecanismo utilizado para detección de originalidad:	Software Turnitin	
Nº de trabajo en Turnitin: (10 dígitos)	2241374853	
Porcentaje de <u>similitud</u> detectado:	10 %	
Fuentes originales de las similitudes detectadas:	Fuentes de internet =	0 %
	Publicaciones =	9 %
	Trabajos del estudiante =	3 %
(imagen del % similitud y fuentes detectadas)		
 <p style="text-align: center;">Informe de Similitud Tesis de Maestría</p> <hr/> <p style="text-align: center; color: red; font-size: small;">INFORME DE ORIGINALIDAD</p> <hr/> <div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="text-align: center;"> <p style="font-size: 2em; color: red;">10%</p> <p style="font-size: small;">INDICE DE SIMILITUD</p> </div> <div style="text-align: center;"> <p style="font-size: 2em; color: red;">0%</p> <p style="font-size: small;">FUENTES DE INTERNET</p> </div> <div style="text-align: center;"> <p style="font-size: 2em; color: red;">9%</p> <p style="font-size: small;">PUBLICACIONES</p> </div> <div style="text-align: center;"> <p style="font-size: 2em; color: red;">3%</p> <p style="font-size: small;">TRABAJOS DEL ESTUDIANTE</p> </div> </div> <hr/> <p style="text-align: center; color: red; font-size: small;">FUENTES PRIMARIAS</p> <hr/>		
El docente asesor declara ha revisado el informe de similitud y expresa que el porcentaje señalado cumple con las "Normas Internas de Investigación e Innovación" establecidas por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.		
Fecha de aplicación en Turnitin: (dd-mm-aaaa)	28 de noviembre de 2023	

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto analizar las situaciones en las que concurren padres biológicos y padres afectivos en la determinación de la identidad filiatoria de una misma persona, niña, niño o adolescente; en las que se opta por una de las facetas, estática (biológica) o dinámica (afectiva), en razón a la propia organización de las relaciones paternofiliales basadas en el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. No obstante, para aquellos casos en los que se advierta la coparticipación en la crianza, se propone como respuesta la multiparentalidad que permite involucrar a los padres biológicos y afectivos en la trayectoria de vida del hijo. Su consideración, impondrá la necesidad de redefinir las relaciones paternofiliales, precisando los roles de coordinación que padres biológicos y padres afectivos deben asumir en el desarrollo del hijo, considerando su interés superior. Al efecto, bajo las condiciones metodológicas de una investigación de enfoque cualitativo, nivel descriptivo, de tipo teórico y práctico, no experimental, bajo el método inductivo y aplicando la técnica de análisis documental, se revisan diez Sentencias en Casación recaídas en procesos de impugnación de paternidad en las que se prefiere la faceta estática (biológica) antes que la dinámica (afectiva) de la identidad filiatoria; pero, en ningún caso, hay consideración alguna a la multiparentalidad, a pesar de existir procesos en los que ambas facetas de la identidad filiatoria recaen en diferentes sujetos.

Palabras clave: Identidad filiatoria. Principio binario. Padres biológicos y afectivos. Biparentalidad. Multiparentalidad. Socioafectividad.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the situations in which biological parents and affective parents concur in determining the filiation identity of the same person, girl, boy or adolescent; in which one of the facets is chosen, static (biological) or dynamic (affective), due to the very organization of parent-child relationships based on the binary principle according to which no one can have more than two filial ties, one maternal and another paternal. However, for those cases in which co-participation in upbringing is noted, multi-parenting is proposed as a response, which allows the biological and affective parents to be involved in the child's life trajectory. Its consideration will impose the need to redefine parent-child relationships, specifying the coordination roles that biological parents and affective parents must assume in the development of the child, considering their best interest. For this purpose, under the methodological conditions of a qualitative research, descriptive level, theoretical and practical, non-experimental, under the inductive method and applying the documentary analysis technique, ten Cassation Judgments relapsed in impeachment processes are reviewed. paternity in which the static (biological) facet is preferred over the dynamic (affective) of filiatory identity; but, in no case, is there any consideration for multi-parenthood, despite the existence of processes in which both facets of the filiation identity fall on different subjects.

Keywords: Filiation identity. Binary principle. Biological parents and affectionate parents. Parental responsibility. Biparentality. Multiparentality. Socio-affectivity.

DEDICATORIA

A mi familia, con la que he conocido y vivido la importancia de los lazos biológicos y afectivos para su constitución y vigencia.



INDICE

	Página
RESUMEN	4
DEDICATORIA.....	5
INDICE	6
LISTA DE TABLAS	10
LISTA DE FIGURAS	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	24
1.1 Planteamiento del Problema	24
1.2 Justificación de la investigación	28
1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación.....	31
1.4 Objetivos de la investigación.....	33
1.4.1 Objetivo general.....	33
1.4.2 Objetivos específicos.....	33
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	34
2.1 Antecedentes de la investigación.....	34
2.2 Bases teóricas.....	37
2.2.1 La eficacia jurídica de la constitución.....	37
2.2.2 La eficacia vinculante de la convención sobre los derechos del niño.	40
2.2.3 El modelo constitucional y convencional de filiación y responsabilidad parental.....	41
2.2.4 La organización de las relaciones paternofiliales.....	46
2.2.5 El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos.....	49

2.2.6 El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. La solución excluyente: la biparentalidad.	54
2.2.7 El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. la solución incluyente: la multiparentalidad.....	63
2.2.8 Visión Comparada de la Multiparentalidad en Brasil y Argentina	75
2.3 Definición de términos.....	109
2.4 Hipótesis	111
2.4.1 Hipótesis general.	111
2.4.2 Hipótesis específicas.	111
CAPÍTULO III: MÉTODO	113
3.1 Enfoque, nivel, tipo, diseño, método de la investigación	113
3.1.1 Enfoque.....	113
3.1.2 Nivel.....	113
3.1.3 Tipo.....	113
3.1.4 Diseño.....	114
3.1.5 Método.....	114
3.2 Participantes	114
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	115
3.4 Técnicas de procesamiento y análisis de datos	115
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	116
4.1 Cuestión previa: ¿se puede presentar la multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza?.....	116
4.2 Criterios judiciales para imponer la visión biparental en casos de disputa de paternidades por naturaleza	123

4.2.1 Casación nº4430-2015 Huaura (Impugnación de paternidad, 2017)	123
4.2.2 Casación N°3797-2012 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2013) .	125
4.2.3 Casación N°1622-2015 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2016)	
.....	127
4.2.4 Casación nº950-2016 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2016)....	129
4.2.5 Casación nº2151-2016 Junín (Impugnación de paternidad, 2018)	134
4.2.6 Casación N°04976-2017 Lima (Impugnación de paternidad, 2018).....	138
4.2.7 Casación nº2726-2012 del Santa (Impugnación de paternidad, 2013).	
.....	143
4.2.8 Casación N°2236-2017 Lambayeque (Impugnación de Paternidad, 2018)	146
4.2.9 Casación N°3456-2016 Lima (Impugnación de Paternidad, 2021).	152
4.2.10 Casación N°1622-2016 Puno (Impugnación de Paternidad, 2017).....	155
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS	162
5.1 Criterios judiciales para imponer la visión biparental en casos de disputa de paternidades por naturaleza	162
5.1.1 Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria.....	162
5.1.2 Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria.....	174
5.2 Negación de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales.....	188
5.3 Existencia de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales	194
5.4 Redefinición de la identidad filiatoria y de la responsabilidad parental desde la multiparentalidad.....	195

5.5 Determinación del reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales	196
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	200
6.1 Conclusiones.....	200
6.2 Recomendaciones	206
REFERENCIAS.....	211
APÉNDICES	217
Apéndice A Matriz de Consistencia.....	218
Apéndice B Proyecto de Propuesta Legislativa.....	219

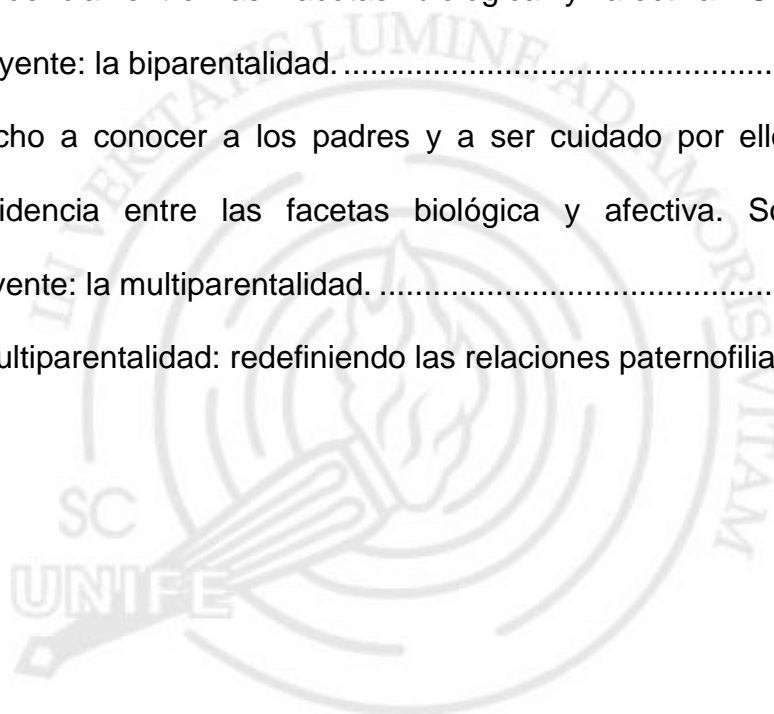


LISTA DE TABLAS

Tabla	Página
1. Identificación de datos relevantes de los casos de pluriparentalidad que han llegado a conocimiento del Poder Ejecutivo y Judicial de Argentina.....	102
2. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria.....	163
3. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre.....	165
4. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres.....	169
5. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria.....	175
6. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre.....	178
7. Caso en el que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres.....	185
8. Casos de disputa de paternidades por naturaleza, con la concurrencia de dos presuntos padres, en los que se desconsideró la multiparentalidad.....	188

LISTA DE FIGURAS

Figura	Página
1. Acuerdo 2 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 3 y 4 de noviembre de 2022.....	13
2. Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. Coincidencia entre las facetas biológica y afectiva.	50
3. Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. No coincidencia entre las facetas biológica y afectiva. Solución excluyente: la biparentalidad.....	55
4. Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. No coincidencia entre las facetas biológica y afectiva. Solución incluyente: la multiparentalidad.....	64
5. La multiparentalidad: redefiniendo las relaciones paternofiliales.....	71



INTRODUCCIÓN

En el caso de la filiación por naturaleza se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica de la identidad filiatoria; vale decir, que quien ha procreado no es quien está criando. En su momento, se explicó que “será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria dinámica que no se corresponde con aquél” (Plácido, 2018, p. 38). Por ello y en consideración a las previsiones del artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

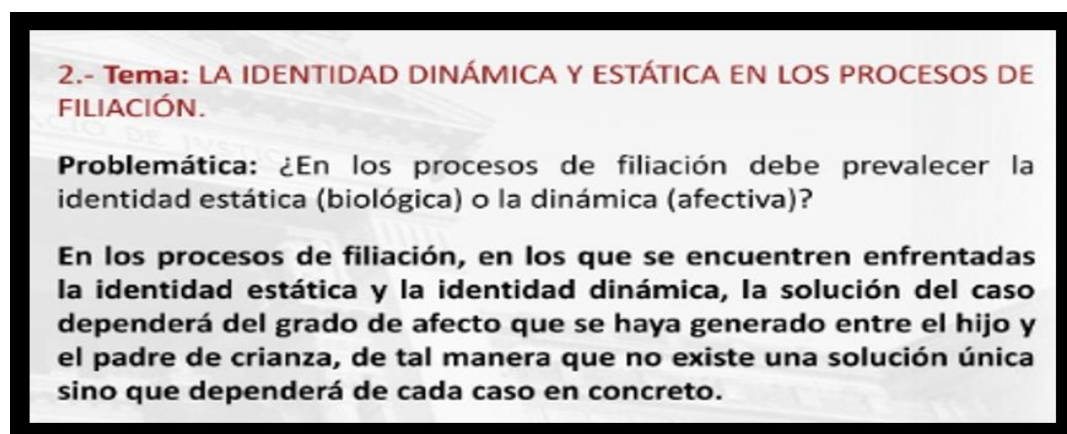
Durante la corta edad –por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase “desde que nace”–, el interés superior del niño se centra en el conocimiento del origen biológico, en su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a “preservar” la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que otorgue el interés superior del niño a una u otra faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42)

Este punto de vista se observa desarrollado en las decisiones del Poder Judicial: en la mayoría de los casos se viene prefiriendo la verdad biológica; y, no en pocas ocasiones, la verdad afectiva. Así, en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, respecto del Tema 2 formulado con la pregunta “¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o la dinámica (afectiva)?”, se acordó: “En los procesos de filiación, en los que se encuentren enfrentadas la identidad estática y la identidad dinámica, la solución del caso dependerá del grado de afecto que se haya generado entre el hijo y el padre de crianza, de tal

manera que no existe una solución única sino que dependerá de cada caso en concreto” (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 1).

Figura 1

Acuerdo 2 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 3 y 4 de noviembre de 2022



Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales.

De esta manera, es que en las definiciones judiciales se impone, siempre, una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial; esto es, sólo un padre y una madre para un mismo hijo. Ello se comprueba cuando, en el referido Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia sobre el acuerdo adoptado se fundamenta:

En efecto, es común que en las audiencias cuando el Juez se entrevista con los hijos, lo cual por cierto resulta ser un imperativo, pues recuérdese que es importante conocer la opinión del menor; los hijos que han mantenido una relación muy cercana con sus padres de crianza y no con sus padres biológicos, por lo general expresan su intención de querer seguir teniendo como padres a aquellos y seguir llevando su apellido; en cambio existen otros casos, en los cuales no obstante haber sido reconocidos por los padres de crianza, sin embargo no han generado un lazo afectivo con los mismos, y expresan su deseo de querer generar un vínculo con su padre biológico al cual recién conocen. Asimismo, existen hijos que, no obstante haber sido reconocidos por personas con las cuales no les une un vínculo biológico, sin embargo nunca se han vinculado con los mismos, y desean de todas maneras vincularse con su padre biológico (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 27).

Sin embargo, en algunos casos de impugnación de paternidad se comprueba la concurrencia de padres biológicos y padres afectivos con quienes el hijo ha mantenido o mantiene contacto personal de alguna manera. Tal el caso que fue objeto de un reportaje a nivel nacional en el que se daba cuenta de una disputa de paternidad entre un padre biológico y un padre afectivo de una misma menor (Punto Final. Frecuencia Latina, 2014).

De acuerdo con esa nota periodística, el señor Percy Harold Soriano Soria, casado desde el 5 de diciembre de 2002 con la señora Karla Giovanna Román Calle, es de profesión piloto de helicóptero y trabaja en Nigeria. Conforme a su contrato de trabajo, labora por periodos de 42 días en ese país y descansa 42 días, en los que retorna al Perú; lo cual cumple desde que fue contratado en marzo 2007. Después de cinco años matrimonio, la señora Karla Giovanna Román Calle queda embarazada. El 15 de enero de 2008 nace una niña a la que pusieron por nombre M. S. R., siendo registrada como hija de ambos cónyuges. Desde entonces, el señor Percy Harold Soriano Soria la cuidó como si fuera su hija.

Cuando la niña tenía 4 años, inocentemente le comentó al señor Percy Harold Soriano Soria que tan pronto salía de viaje, su mamá era visitada por otra persona, a quien le llama “papá Mija”, quien “viene a casa cuando no estás”. Los comentarios de la niña fueron: “Él es muy bueno y me quiere mucho”; “El carro de Mija es cochino, pero me dejan comer; tu carro es limpio, pero no me dejas comer. A mí me gusta más tu carro”. En repetidas veces le decía: “papá Mija”; y, se corregía: “No, tú no eres Mija, tú eres papá Percy, yo te quiero también”.

Tales comentarios, provocó que el señor Percy Harold Soriano Soria le exigiera una explicación a su esposa, quien le confirmó que mantenía una

relación paralela de más de 6 años con el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas y que él era el padre biológico de M. S. R.; y, que, efectivamente, ingresaba al hogar cuando él estaba de viaje y que los tres salían todos los fines de semana. Ante esa respuesta, el 4 de noviembre de 2011, con el consentimiento de su esposa, optaron por realizar en el Laboratorio Biolinks una prueba de ADN que confirmó que el señor Percy Harold Soriano Soria no era el padre biológico de su hija M. S. R.

Los hechos descritos precedentemente, determinaron que el señor Percy Harold Soriano Soria interponga una demanda de impugnación de paternidad matrimonial contra la señora Karla Giovanna Román Calle con el propósito que se declare que no es el padre biológico de la menor M. S. R. A dicho proceso, a su solicitud, es incorporado el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas como litisconsorte necesario, argumentando ser el padre biológico de la menor M. S. R.

Por otro lado, el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas interpone demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial contra la señora Karla Román Calle y el señor Percy Harold Soriano Soria, para que se le declare padre biológico de la menor M. S. R. Ambos procesos se acumularon y se siguieron ante el Juzgado de Familia de La Molina y Cieneguilla (Expediente 00031-2012-0-3204-JM-FC-01).

En estos procesos acumulados, el patrocinio legal del señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas está a nuestro cargo. Desde la defensa técnica y con la conformidad del cliente, expusimos al Juzgado la necesidad de resolver este caso con perspectiva de multiparentalidad por cuanto la menor convivía en un contexto familiar con un padre afectivo y, a su vez, mantenía contacto regular

con su padre biológico; debiéndose definir, además, los roles que corresponde a cada uno en el proceso de crianza de la menor hija.

En la audiencia del 9 de marzo de 2015, el Juzgado ordenó practicar la prueba de ADN; tomándose muestras de la señora Karla Giovanna Román Calle, de los señores Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas y Percy Harold Soriano Soria, y de la menor M. S. R. El informe fue recibido por el Juzgado el 20 de mayo de 2015, siendo identificado como "Caso ADN-2015-193". De acuerdo con el mismo, se confirma que el señor Percy Harold Soriano Soria queda excluido de la relación de parentesco en condición de padre biológico; mientras que el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas es confirmado como el padre biológico de la menor M. S. R. Por tanto, no siendo necesario valorar otros medios probatorios para causar convicción, el Juzgado de Primera Instancia resuelve declarar fundada la demanda de impugnación de paternidad matrimonial planteada por el señor Percy Harold Soriano Soria y fundada la demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial planteada por el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas; ambos respecto de la menor M. S. R. La argumentación del juzgador quedó expuesta en el fundamento jurídico undécimo de la sentencia de primera instancia de fecha 18 de agosto 2017:

Undécimo: Que, la menor conoce a su padre biológico desde pequeña, lo reconoce como una persona cercana (conforme se muestran en las fotos), por lo que, hasta su crecimiento y mayoría de edad, es posible que pueda lograrse un acercamiento mayor, y el reconocimiento de la menor respecto a su identidad que ha sido trastocada sin que la madre –con quien vive- haya colaborado para que pueda generarse mayor vinculación con su padre biológico a pesar que el resultado de la prueba de ADN le fue dado a conocer en audiencia del 23 de junio de 2015. Entonces, el poco interés de la madre de la menor en dejar que la menor conozca su identidad no puede ser más que contrarrestado con decisiones de este despacho que puedan intervenir efectivamente en lograr el objetivo que M. pueda alcanzar la mayoría de edad habiendo reconocido a quién constituye su padre biológico, por su propio bienestar y ejercicio pleno de su derecho a conocer quiénes son sus padres. Es así que, corresponde

que con ayuda de un psicólogo, se dé a conocer a la menor quién es su padre biológico, no siendo excusa para bloquear ello que la menor se encuentre creciendo en el grupo familiar constituido por Percy Harold Soriano Soria, Karla Giovanna Román Calle y los hijos en común de ambos, debiendo existir un acompañamiento psicológico constante a la menor a fin de que, en la medida que vaya creciendo, pueda afrontar el comportamiento de la madre en relación a su verdadera identidad a fin que no guarde resentimiento alguno, ni a su madre, ni a su padre biológico ni a Percy Harold Soriano Soria. En tal sentido, debe entenderse que la menor M. debe portar el apellido paterno de su padre biológico y que se otorgue un régimen de visitas al mismo que permita que estreche los lazos paternofiliales en las actuales circunstancias en que la menor ya cuenta con 9 años de edad (nació el 15 de enero de 2008).

Con la solución expuesta, el Juzgado de Primera Instancia resolvió privilegiando la verdad biológica, bajo una visión biparental de la identidad filiatoria; desconsiderando la multiparentalidad, presente en este caso. Con su solución no concilió la presencia del señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas como padre biológico y del señor Percy Harold Soriano Soria como padre afectivo en la conformación de la identidad filiatoria de la menor M. S. R. y tampoco definió los roles que cada uno de ellos debe asumir en el ejercicio de la responsabilidad parental –institución regulada en el Código Civil (1984) bajo la denominación de patria potestad–; toda vez que, la menor M. S. R. convive con su padre afectivo, mientras que el padre biológico reclama seguir participando en su proceso de crianza. Justamente, esas determinaciones constituyen las distorsiones que la multiparentalidad introduce en los contenidos y alcances de esas relaciones jurídicas paternofiliales; las que exigen su redefinición, considerando dicha perspectiva.

Esa sentencia fue apelada por nuestra parte, en lo que se refiere al régimen de visitas establecido. Así, la primera instancia fijó que el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas podía recoger a su hija M. “del hogar materno [con externamiento, pero sin pernoctación, fuera de la casa materna] los días sábado

a las 3:00pm. y retornarla a las 8:00pm. de ese mismo día, con acompañamiento de la nana, la madre o de quién ésta última designe [que no sea Percy Harold Soriano Soria]”; agregando que, “cuando el profesional en psicología se pronuncie acerca de la predisposición psicológica de la menor M., el régimen de visitas indicado se efectuará sin acompañamiento”. En el recurso de apelación se reiteró a la instancia superior la necesidad de conservar, por las particularidades del caso, la perspectiva de multiparentalidad para resolver en segunda instancia.

Por su lado, la señora Karla Giovanna Román Calle apeló la sentencia para que la menor M. S. R. siga conservando el apellido de su marido.

La Sala Civil Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, por sentencia de vista de fecha 8 de mayo de 2019, revocó la sentencia en cuanto ordena que se cancele la partida de nacimiento y se extienda una nueva partida de nacimiento; y, reformándola, “ordena que en la partida de nacimiento de la niña debe desplazarse el nombre del padre registrado (Percy Harold Soriano Soria), debiendo señalar el nombre del padre biológico (Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas), esto es, sin anular la partida de nacimiento, documento que constituye la única prueba del nacimiento de la niña, debiendo conservar el apellido Soriano”. En el fundamento jurídico noveno se expone la argumentación de este extremo:

De esta forma, si bien corresponde desplazar el nombre del padre registrado (Percy Harold Soriano Soria), debiendo señalar el nombre del padre biológico (Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas), esto es, no debe anularse la partida de nacimiento de la niña, documento que constituye la única prueba del nacimiento de la misma, debiendo anotarse en la partida de nacimiento de la niña el presente fallo en este extremo; sin embargo, es preciso, en aras del interés superior de la niña, que conserve el apellido Soriano con el propósito de proteger el proceso de desarrollo de la identidad que ya se ha venido gestando en la niña; sin que ello signifique que se pueda adquirir derechos patrimoniales, sucesorios o de patria

potestad alguno, con relación a don Percy Harold Soriano Soria, en atención a que legalmente no es el padre.

Esto último, evidencia que la instancia superior también privilegió la faceta biológica de la identidad filiatoria, conservando la visión biparental con la que se analizan estos institutos y desconsiderando, en consecuencia, la multiparentalidad.

En lo que se refiere al régimen de visitas fijado en primera instancia, la Sala Civil Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este también revocó este punto; y, reformándolo, amplió el régimen de visitas señalando que el señor Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas podrá:

recoger a la niña del hogar materno (con externamiento, pero sin pernoctación fuera de la casa materna) también los domingos de forma alternada, a las 15:00 horas, y retornarla a las 20:00 horas de ese mismo día. Dicho régimen también podrá efectuarse sin acompañamiento, como mínimo 1 día a la semana adicional, así como período vacacional, feriados nacionales y festividades como el cumpleaños del padre y de la niña, previa coordinación con la madre y condicionada a que el profesional en psicología a que se refiere el numeral Décimo Tercero de la presente Sentencia, se pronuncie acerca de la predisposición psicológica de la niña, bajo apercibimiento de aplicarse multa progresiva y compulsiva, y de ser denunciados por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad; sin perjuicio de aplicarse a la madre de la niña lo dispuesto en el artículo 75 inciso c), y/o el artículo 77 inciso e), del Código de los Niños y Adolescentes; y de disponer la remisión de copias al Ministerio Público en caso de incumplimiento al régimen de visitas fijado.

Al efecto, la Sala Civil Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, recordando que los hechos fueron objeto de un reportaje a nivel nacional y, por tanto, de conocimiento público, afirmó que resulta imposible ocultarle la verdad sobre la discutida paternidad a la menor, corriendo el riesgo de generarle un daño mayor en su identidad filiatoria. Por ello, señala que “es necesario mantener el equilibrio entre la salvaguardia del desarrollo de la identidad de la niña, y su derecho a saber y conocer quién es su padre biológico,

teniendo en cuenta que éste no ha sido una figura paterna ausente, especialmente en los primeros años de su vida”. Siendo así, en el fundamento jurídico décimo tercero expone:

Por otro lado, sobre el argumento del recurso de apelación de don Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas, según fojas 788 a 792, esto es, la continuidad del régimen de visitas, si bien es cierto, que la niña tiene derecho a conocer a su padre y a tener una identidad real, también es importante proteger su estabilidad emocional; por lo que, es necesario concretar un régimen de visitas gradual y progresivo, ampliando al ya fijado en primera instancia, y amparando en parte los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante don Mijaíl Andrés Podestá Cárdenas...

Esto confirma la solución biparental en la ampliación del régimen de visitas, aspecto que constituye uno de los contenidos de la responsabilidad parental; no obstante que, la instancia superior –en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de vista– admite que “se debe tener en cuenta que de acuerdo con la edad y trayectoria de la niña, ya ha iniciado la formación de su identidad dinámica, la cual se encuentra en pleno desarrollo”, en clara alusión al padre afectivo.

Contra la resolución de vista, esta parte procesal ha interpuesto recurso de casación sobre el extremo referido a la conservación del apellido Soriano en el nombre de la menor M. S. R., sin incorporar el apellido Podestá del padre biológico; por considerar la existencia de una vulneración al principio de congruencia procesal en relación con el derecho a la debida motivación, por cuanto en la sentencia de vista hay una:

contradicción contenida en la propia argumentación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, por cuanto admitiendo que el demandante [Percy Harold Soriano Soria] es quien promovió el presente proceso [de impugnación de la paternidad matrimonial] en el que se comprobó que no es el padre y que mi menor hija tiene conocimiento de la situación existente respecto a mi paternidad, considera que es necesario evaluar y promover su verdadera identidad y la relación con su padre biológico, de acuerdo con el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño; pero, sin exponer las razones

de la conclusión que propone y discordante a la promoción de su verdadera identidad y relación con su padre biológico, resuelve por la conservación del apellido Soriano sin incorporar el apellido Podestá del padre biológico, que en nada resulta coherente con dicho propósito expuesto por cuanto de esta manera se mantiene a mi menor hija en un vinculación que no comprende íntegramente su identidad filiatoria y definitivamente no resulta acorde a su superior interés.

En la actualidad, solamente el recurso de casación de esta parte procesal ha sido declarado procedente y, a la fecha, aún se encuentra para resolver el fondo ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N°06464-2019-0-5001-SU-CI-01).

Seguramente, el caso expuesto será resuelto de acuerdo con los criterios de la Casación N°4976-2017 LIMA (Impugnación de paternidad. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018) -a nuestro criterio, el primer caso de multiparentalidad que se sometió al Poder Judicial- en la que, a pesar de que el menor declaró mantener una relación con dos varones a los que reconocía como sus “papás”, la solución fue a favor de la verdad biológica, desconsiderando la afectiva.

En este caso y conforme se expone en el fundamento jurídico octavo de la mencionada resolución, el menor fue reconocido por el señor Carlos Alberto Zegarra Cuba bajo la creencia de ser su hijo; tal reconocimiento fue impugnado por el señor César Humberto Morán Murga, demostrando ser el padre biológico con la prueba de ADN. Por su parte, la madre, la señora Roxana Pierina Oviedo Bedoya, le señaló al menor que el señor César Humberto Morán Murga es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba, y, a su vez, consintió que siga manteniendo una relación parental con el señor Carlos Alberto Zegarra Cuba.

Sobre este contexto, en el fundamento jurídico décimo primero, se expone que:

En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas. (Impugnación de paternidad. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018, p. 22).

De otro lado y respecto de la valoración de la opinión del menor, se señaló que:

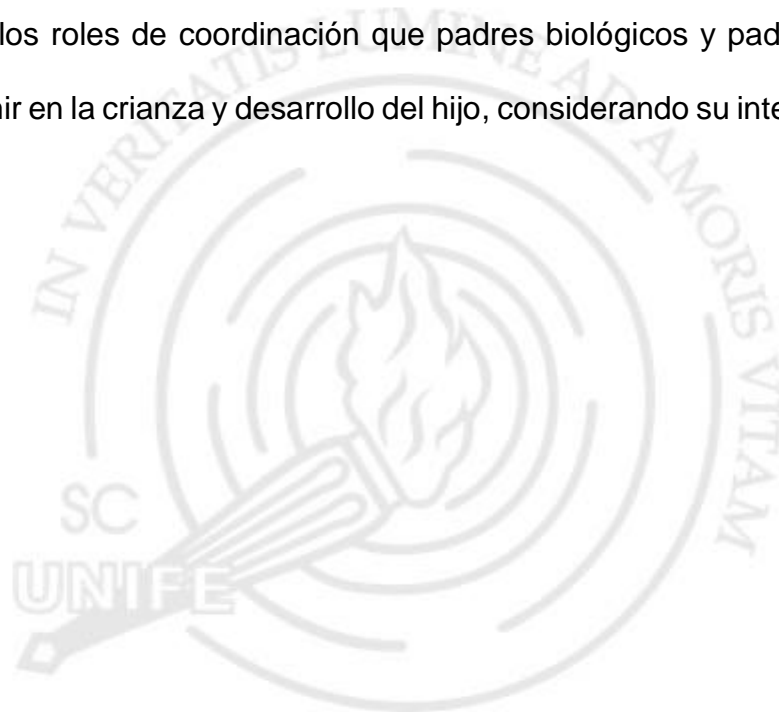
Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. (Impugnación de paternidad. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018, p. 23).

De esta manera, se comprueba que, en la decisión judicial, el padre afectivo y el padre biológico no fueron involucrados; no obstante que, las circunstancias aconsejaban una solución de integración en aras del interés superior del niño del caso en concreto. Precisamente, esa solución de integración es la multiparentalidad.

Ante la pregunta, porqué siempre se responde desde la biparentalidad situaciones en los que está presente la multiparentalidad –y, al contrario, esta última es desconsiderada o pasa inadvertida–, la respuesta se encuentra en la

propia organización legal de las relaciones paternofiliales que se basan en el principio binario o de doble vínculo filial según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno.

No obstante, en estos casos particulares la respuesta es la multiparentalidad que permitirá involucrar a los padres biológicos y a los padres afectivos en el cuidado del hijo. Su consideración, va a distorsionar las relaciones jurídicas originadas de la filiación por naturaleza, que están estructuradas sobre la base de la biparentalidad, y va a imponer la necesidad de redefinirlas, precisando los roles de coordinación que padres biológicos y padres afectivos deben asumir en la crianza y desarrollo del hijo, considerando su interés superior.



CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del Problema

La comprensión del verdadero contenido de las relaciones paternofiliales -que *in abstracto* derivan del derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, e *in concreto* se desarrollan en las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental- debe realizarse a partir de considerar que el desarrollo del ser humano se produce dentro de un proceso continuo que se inicia con la concepción:

La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores. (Fernández Sessarego, 1992, p. 21)

De ello se infiere que, desde la concepción, está presente la faceta estática del derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, que se irá luego acrecentando a través de toda su vida hasta la muerte; sumando, durante el ciclo vital, otros elementos complementarios del mismo. “A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad” (Fernández Sessarego, 1992, p. 22).

Entre esos otros elementos complementarios, que surgen a su vez, están las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres, que son la esencia de la responsabilidad parental. Esto es, la faceta dinámica del derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, que se materializa en el concepto de “posesión constante de estado de hijo”, que “es el goce de hecho de determinado estado de familia y se presenta cuando alguien se dice hijo de

quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres” (Plácido, 2018, p. 55).

Precisamente, esta faceta dinámica asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que:

la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar a la persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paternofamiliar (Plácido, 2018, p. 56).

Del precepto contenido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), resulta claro que deben coincidir ambas facetas del derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; vale decir, que las calidades de progenitores y cuidadores deben recaer en las mismas personas: los padres del hijo. Es a lo que tiende el sistema jurídico: que quienes te han procreado, te cuiden. Es el fundamento del principio binario de la filiación.

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y cuidador no coinciden. Por ende, se puede advertir que:

la biología no es la única verdad que prima en la identidad filiatoria, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, psicológico. Aquí es donde se conjugan las facetas estática y dinámica que integran la identidad de una persona. Y es en este contexto donde se divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico. (Gil Dominguez et al., 2006, p. 836).

De ello, se concluye -como ya se ha precisado (Plácido, 2018, p. 58)- que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria”; por lo que, no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación, “pues al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad afectiva, sociológica y cultural, que también hace a la identidad de la persona humana”. La identidad filiatoria “tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo” (Gil Dominguez et al., 2006, p. 837).

Pero también, en el caso de la filiación por naturaleza, se presentan situaciones en las que las dos facetas de la identidad filiatoria pueden no coincidir. Así, por ejemplo, la situación del hijo de una mujer casada cuyo marido no es el progenitor biológico, pero la ley le impone la paternidad sobre la base de una presunción, habiéndose o no encargado de su cuidado y crianza. En su momento, se explicó que “será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria dinámica que no se corresponde con aquel” (Plácido, 2018, p. 38). Por ello y en consideración a las previsiones del artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

Durante la corta edad –por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase “desde que nace”–, el interés superior del niño se centra en el conocimiento de origen biológico, de su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a “preservar” la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que

otorga el interés superior del niño a cada faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 64).

Este punto de vista se observa desarrollado en las decisiones del Poder Judicial: en la mayoría de los casos se ha venido prefiriendo la verdad biológica; y, no en pocas ocasiones, la verdad afectiva o sociológica. Ello se aprecia, como ya se indicó, en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022 (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 1). De esta manera, es que en las definiciones judiciales se impone, siempre, una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial; esto es, sólo un padre y una madre para un mismo hijo.

Sin embargo, de los casos de impugnación de paternidad se comprueba la concurrencia de padres biológicos y padres afectivos con quienes el hijo ha mantenido o mantiene contacto personal de alguna manera. Así, en la Casación N°4976-2017 LIMA (Impugnación de paternidad. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018, p. 23), a pesar de que el menor declaró mantener una relación con dos varones a los que reconocía como “papás”, la solución fue a favor de la verdad biológica, desconsiderando la afectiva. Se comprueba que ambas facetas de la identidad filiatoria no fueron involucradas, no obstante que las circunstancias aconsejaban una solución de integración en aras del interés superior del niño del caso en concreto. Precisamente, esa solución de integración es la multiparentalidad.

Ante la pregunta, porqué siempre se responde desde la biparentalidad situaciones en los que está presente la multiparentalidad –y, al contrario, esta última es desconsiderada o pasa inadvertida–, consideramos que la respuesta se encuentra en la propia organización legal de las relaciones jurídicas originadas de la identidad filiatoria por naturaleza que se basan en el principio

binario o de doble vínculo filial según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno.

No obstante, en estos casos particulares la respuesta es la multiparentalidad que permitirá involucrar a los padres biológicos y a los padres afectivos en el cuidado del hijo. Su consideración, va a distorsionar las relaciones jurídicas originadas de la identidad filiatoria por naturaleza, que -como se ha precisado- están estructuradas sobre la base de la biparentalidad, y va a imponer la necesidad de redefinirlas, destacando los roles de coordinación que padres biológicos y padres afectivos deben asumir en la crianza y desarrollo del hijo; pudiendo recurrirse, de ser necesario, a un coordinador parental para tal efecto. Se está ante un contexto en el que se debe resguardar el “triángulo afectivo” en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso para el hijo.

Formulación de la interrogante.

¿En qué medida la falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones jurídicas paternofiliales y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales?

1.2 Justificación de la investigación

Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niños, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a conocer libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres; y, a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos y a preservar la identidad de sus relaciones familiares. De acuerdo con ello, es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria.

Estos derechos del hijo a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, que incluye el preservar la identidad de sus relaciones familiares, constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria. Así, como ya se indicó,

desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención). (Plácido, 2018, p. 57).

De ello, se concluye que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria” (Plácido, 2018, p. 58); por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

En ese sentido, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos, resulta evidente que en su determinación como en las de las relaciones paternofiliales que se derivan de ella, como es el caso de la responsabilidad parental, deben considerarse ambas facetas. Por ello, se puede afirmar que el sistema jurídico tiende a su coincidencia; de tal manera, que quienes hayan procreado al hijo (padres biológicos), sean quienes se encargan de su cuidado (padres afectivos).

Sin embargo, ¿cómo se debe determinar la identidad filiatoria y la responsabilidad parental cuando ambos aspectos no coinciden en una misma persona?; es decir, si la condición de padres biológicos y padres afectivos no recaen en las mismas personas, ¿cómo se definen las relaciones paternofiliales?

La realidad judicial informa la preeminencia del vínculo biológico sobre el vínculo afectivo, cuando no hay esa coincidencia. Como exponen Grosman y Martínez Alcorta (2000):

Una de las ideas más enraizadas en la sociedad es que el cumplimiento del rol parental y el afecto que requiere el desarrollo de esta función sólo puede tener lugar plenamente cuando existe un lazo biológico. El simbolismo de la sangre, como vehículo que une a las generaciones y transporta la esencia de las personas, es la fuente del amor. Indudablemente, se reconocen otros nexos y emociones, pero la sangre aparece como la máxima garantía de lealtad, la que presta confianza de que el niño será debidamente cuidado (p. 164).

No obstante, se viene imponiendo la idea que la crianza marca el desarrollo del hijo y que, por ello, el aspecto afectivo resulta de mayor relevancia que el biológico. Las mismas autoras señalan:

Como reacción al enfoque meramente biológico, en la década del '70 comienza a elaborarse la idea de la parentalidad psicológica y social. En esta postura se enrola la obra de Anna Freud (psicoanalista), quien con Joseph Goldstein (jurista) y Albert J. Solnit (psiquiatra) defienden el criterio de que únicamente la función parental asumida en los cuidados cotidianos del niño puede definir al "padre psicológico", verdadero padre del niño. Para esta teoría cualquier adulto puede convertirse en un "padre psicológico", dependiendo ello de la cualidad de la interacción, día a día, del compañerismo y del compartir experiencias. Este rol puede ser cumplido por el padre biológico, por el adoptivo o por otro adulto, pero nunca por alguien ausente, inactivo, sea cual fuere el lazo biológico o legal. Por consiguiente, los lazos de filiación vistos como "los derechos de la sangre", ya no son considerados necesariamente y en todos los casos correspondientes al interés superior del niño. (Grosman y Martínez Alcorta, 2000, p. 164).

Pero, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos y su determinación incide directamente en las relaciones paternofiliales, ¿por qué no integrar en la solución jurídica ambas facetas, cuando se comprueba que el hijo ha mantenido o mantiene una vinculación tanto con sus padres biológicos como con sus padres afectivos? De ello se trata la multiparentalidad.

En estos casos, el interés superior del niño exige preservar el "triángulo afectivo" en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. Como explica Bossert (2009), refiriéndose a la situación del adoptado frente a sus padres biológicos y padres adoptantes:

Por cierto, el mantenimiento del “triángulo afectivo”, a que he hecho referencia, procede cuando no hay circunstancias que demuestren que resultaría perjudicial para el menor, como, por ejemplo, la pretensión de revinculación con éste que formula el progenitor que lo abandonó y se desentendió de él sin razones justificantes y desarrolla una vida de vicios o delitos.

Es decir, a la fórmula jurídica amplia, realista, de carácter humano, de mantenimiento de trato con la familia biológica, también debe aplicársele el principio del interés superior del menor y los tribunales evaluarán con realismo y no con abstracciones y fórmulas dogmáticas el posible daño que la presencia del progenitor biológico podría causar en la formación y el espíritu del niño que crece y se educa en el hogar de quienes él considera sus padres.

En definitiva, en este difícil tema de los afectos cruzados por el niño que invocan guardadores y padres biológicos, la jurisprudencia se orienta por soluciones humanas, realistas, que, preservando los nobles sentimientos, tienden a colocar, por sobre toda afirmación dogmática, lo que es mejor para el menor (p. 91).

1.3 Delimitación y limitaciones de la investigación

La multiparentalidad reconoce que la parentalidad es una construcción social que gira alrededor de dos polos.

Por una parte, el principio de la verdad biológica. El niño debe conocer a sus padres en la medida de lo posible, tiene derecho a saber su origen, pensándose que la construcción de su sentimiento de identidad se vulnera sin este conocimiento (artículo 7° Convención sobre los Derechos del Niño). Empero al mismo tiempo, en el otro polo se da primacía a una definición social de la parentalidad, según la cual el verdadero padre es aquel que se ocupa efectivamente de la función (artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño). (Grosman y Martínez Alcorta, 2000, p. 166).

Ahora, ¿se han presentado supuestos de multiparentalidad en nuestra realidad social imperante? La comprobación personal por el patrocinio legal de procesos familiares y la revisión de pronunciamientos judiciales, ha permitido advertir situaciones de multiparentalidad que son tratadas con una visión biparental y ninguna consideración tiene el interés superior del niño del caso concreto. Ello es lo que justifica la presente investigación.

Con la actual solución judicial, que desconoce la multiparentalidad, definitivamente para el niño del caso en concreto, su realidad es desatendida y su identidad filiatoria desconsiderada, a pesar de la presencia de un padre biológico y un padre afectivo; y, por lo mismo, ignorado su deseo manifiesto a entablar y mantener una relación con ambos.

Por otro lado, el padre biológico y el padre afectivo no realizan ninguna coordinación por cuanto las soluciones judiciales no los integran. Por lo mismo, el rol materno juega un papel antagónico al interés superior del niño.

Por eso, la multiparentalidad viene a distorsionar las relaciones paternofiliales y obliga a redefinir el contenido y alcances de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, superando la visión biparental que actualmente se impone. Su reconocimiento procede cuando no hay circunstancias que demuestren que resultaría perjudicial para el hijo y su regulación permitirá definir claramente los derechos y obligaciones derivados de tales vínculos jurídicos para padres biológicos y padres afectivos; de esta manera, se permite la consagración de soluciones beneficiosas que tienden a promover los derechos fundamentales de los miembros de la familia.

La presente investigación tiene ese propósito, completar el vacío normativo que existe sobre la multiparentalidad y proponer los criterios generales para su consideración en las soluciones judiciales relacionadas con la identidad filiatoria y la responsabilidad parental.

De otro lado, para el desarrollo de la presente investigación se cuenta con pronunciamientos de tribunales nacionales y extranjeros que permitirán apreciar las circunstancias en las que se presenta la multiparentalidad; no obstante, que

las soluciones que se vienen otorgando se realizan desde la perspectiva de la biparentalidad.

Asimismo, se tiene acceso a doctrina nacional y extranjera sobre la materia, como a legislación internacional, que ofrecen criterios para su reconocimiento y regulación.

Estas cuestiones permiten evidenciar la viabilidad de la investigación.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general.

Determinar si la falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones jurídicas paternofiliales y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales.

1.4.2 Objetivos específicos.

- a) Determinar los criterios judiciales para imponer la visión biparental en las relaciones paternofiliales.
- b) Identificar las circunstancias en que se presenta la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.
- c) Verificar la distorsión que se presenta en las relaciones paternofiliales por la multiparentalidad.
- d) Establecer si existen elementos concurrentes para la regulación de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo se abordará los antecedentes de la investigación, mencionando investigaciones previas relacionadas con la temática. Del mismo modo se desarrollarán las bases teóricas y el tratamiento doctrinario en relación con las facetas estática y dinámica del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, para apreciar los casos en que ellas se excluyen o se incluyen; siendo, esta última la multiparentalidad. Por último, se hará el desarrollo de los conceptos que se utilizan en la presente investigación desde una visión comparada del tratamiento de la multiparentalidad en dos sistemas jurídicos cercanos al nuestro: el brasileño, donde la multiparentalidad ya tiene un reconocimiento pleno sobre la base del principio de afectividad y el respeto de la dignidad de la persona; y, el argentino, donde la multiparentalidad tiene un desarrollo reciente en el que, si bien el legislador no la consideró en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014), ello no ha sido un impedimento para que su doctrina y jurisprudencia la venga proyectando.

2.1 Antecedentes de la investigación

Los antecedentes de la investigación permiten dar cuenta de las tesis que se han realizado acerca de la materia a desarrollar. En este caso se revisaron textos y trabajos que puedan servir de guía, ayuda o soporte a la presente investigación. Desde esta perspectiva, es relevante mencionar que después de revisar los repositorios de tesis de postgrado en el contexto de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad del Pacífico, Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad de Piura, Universidad Nacional Federico Villarreal, no se encontraron investigaciones relacionadas con la unidad de análisis: la distorsión

de las relaciones familiares por la multiparentalidad, con referencia a la identidad filiatoria y a la responsabilidad parental.

Sin embargo, en el repositorio de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú se encontró un trabajo titulado "*Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad en el Perú*", presentada por Luis Giancarlo Torreblanca Gonzáles para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional (Torreblanca Gonzales, 2018). De acuerdo con su autor:

Ante los cambios sociales actuales, se ha puesto en discusión la prevalencia entre los vínculos jurídicos y los vínculos biológicos, en el ámbito de la filiación; comprobándose la emisión de sentencias que privilegian a la verdad biológica; mientras que, en otros casos, se ha rechazado la demanda porque se privilegió el estado de familia, la estabilidad emocional, la seguridad jurídica y afectiva del niño o la relación socioafectiva (p. 168).

Señala que,

si bien los jueces han optado por la defensa irrestricta del derecho a la verdad biológica, el autor no comparte esa posición. Considera que se debe partir de la función tuitiva reconocida en el Tercer Pleno Casatorio Civil para darle el enfoque humano que requiere el proceso judicial de cuestionamiento de la paternidad (p. 169).

Por otro lado, precisa que

no hay un conflicto entre la verdad biológica con la filiación social, afectiva o de crianza, ya que ambos forman parte de un mismo derecho fundamental que es el derecho a la identidad. En tal sentido, el problema no puede solucionarse con la ponderación de alguno de los derechos, sino que se debe buscar la solución en base al interés superior del niño/a y adolescente, el cual obliga a escuchar/tomar en consideración la opinión de los niños/as y adolescentes para garantizar que ellos sean tratados como sujetos de derechos; además de analizar la posibilidad de que la búsqueda de la verdad biológica no conlleve la aplicación de todos los derechos inherentes a la patria potestad y que se pueda prolongar la obligación alimenticia hasta que el menor de edad encuentre a su padre biológico (p. 170).

No obstante, en su desarrollo no hay ninguna referencia, directa o indirecta, a la multiparentalidad.

De otro lado, en el repositorio de tesis de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se encontró otro trabajo titulado “*El reconocimiento de filiación: perfiles dogmáticos y jurisprudenciales sobre la ineficacia por falta de veracidad y la determinación de la posesión de estado en el derecho de familia*”, presentado por María Tatiana Gutiérrez Enríquez para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política (Gutiérrez Enríquez, 2019). En esta investigación, la autora analiza la problemática que surge en torno al reconocimiento de la filiación extramatrimonial, cuando se evidencia la falta de correspondencia con el factor biogenético. Señala que:

La doctrina tradicional refiere que, una vez efectuado el reconocimiento, adquiere carácter irrevocable de modo que no se admite ninguna retractación ni arrepentimiento en la declaración; sin embargo, la casuística presentada en la experiencia jurídica nacional y extranjera, ha podido evidenciar supuestos en los que no se cuestiona la irrevocabilidad de la figura, sino, la ausencia del vínculo consanguíneo que debería existir entre reconocedor y reconocido, ya sea en unos casos, porque la declaración fue inducida por engaño de la madre que ocultó el hecho de concebir un hijo de otra persona (reconocimiento viciado), y en otros, por consentimiento propio del autor, quien establece la paternidad, pese a conocer que no es padre biológico del reconocido (reconocimiento complaciente) (p. 251).

Agrega que:

los criterios jurisprudenciales no se muestran unánimes al respecto, al haberse desestimado pretensiones como las aludidas, y en otros, declararse fundadas las demandas, siendo los fundamentos legales variables; ello, aunado a la deficiente regulación establecida en el Código Civil Peruano que no se ajusta a la realidad actual y proliferación de casos como los mencionados, se presentan como un conflicto de intereses, entre el reconocedor, que quiere excluir una paternidad biológicamente inexistente y el reconocido, se trate de un niño o un adolescente, que se aferra a mantener su estado de hijo y de permanecer en su entorno familiar (p. 254).

Concluye que:

la prevalencia de un interés frente al otro deberá ser detenidamente evaluada al momento de obtener un pronunciamiento, tomando en consideración principios orientadores en el derecho de familia, como lo son la posesión de estado y el interés superior del niño y del adolescente,

que se constituyen como excepciones para entender a la figura del reconocimiento de una manera profunda y no reducirla al plano meramente consanguíneo (p. 257).

Si bien es cierto que en las conclusiones de las investigaciones se apuesta por la preeminencia de la faceta dinámica sobre la estática, también lo es que ellas dan cuenta que en la jurisprudencia se privilegia la faceta biológica frente a la faceta dinámica en la solución para definir la identidad filiatoria. Pero, igualmente en su desarrollo no hay ninguna referencia, directa o indirecta, a la multiparentalidad.

2.2 Bases teóricas

Para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta necesario precisar el contenido y alcances del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En la eficacia integradora de este modelo, frente al Código Civil (1984) que no la regula, se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

2.2.1 La eficacia jurídica de la constitución.

Ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 5854-2005-PA/TC, p. 3-4) que:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Por tanto, agrega que:

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula [...] bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente.

Como se advierte, tal tránsito supuso determinar si la Constitución y sus preceptos carecen de valor aplicativo inmediato por suponer un mandato al legislador o si, por el contrario, tienen una vinculatoriedad inmediata sin necesidad de mediación del legislador ordinario. En la primera etapa, la Constitución tendría atribuido solamente un carácter programático. Es en la segunda etapa en la que la Constitución está revestida de normatividad, de verdadera eficacia jurídica directa.

De esta manera, la Constitución es una norma jurídica y sus preceptos gozan de eficacia jurídica; sin desconocerse las limitaciones impuestas por razón de la naturaleza de la norma, que impida considerarla directamente aplicable, porque la propia Constitución así lo establezca.

Como explica Arce (1986),

tanto desde una perspectiva formal como desde una óptica material, la Constitución es verdadera norma jurídica, porque responde en un todo a los requisitos que el derecho objetivo debe reunir"; por lo que, la eficacia jurídica de las normas constitucionales se justifica en su destinatario que "son los ciudadanos y los poderes públicos, lo que refuerza la eficacia jurídica de la norma constitucional frente a todos; con sujeción o vinculatoriedad normativa de la voluntad constitucional (p. 99-100).

Adicionalmente, por la supremacía de la Constitución sobre todas las normas ordinarias, aquélla se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente

aplicadas en contra de la Carta Fundamental, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos.

La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además, de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Una consecuencia de lo anterior, de gran importancia en cuanto a la interpretación jurídica, es la potenciación de la interpretación sistemática sobre cualquier otra técnica (Balaguer, 1997, p. 42).

Siendo así, la determinación de sus esenciales contenidos dispone considerar la aplicación directa de sus preceptos y principios a los supuestos de hecho subsumibles en ellos, ya sea de forma inmediata -como fuente en sí, de carácter eminente-, ya sea de modo supletorio, en la medida en que contiene principios generales del Derecho.

Como explica García de Enterría (1985, p. 49), “la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema; por lo que, la Constitución tiene eficacia directa y aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico y, con mayor razón, frente a la legislación preconstitucional”.

El reconocimiento de esta eficacia jurídica directa e inmediata de las normas constitucionales, obliga a los operadores jurídicos a una relectura de las disposiciones del Código Civil (1984) conforme a la Constitución (1993) para, en su caso, redelimitar el concepto y alcances de las instituciones reguladas o definir aquellas no contempladas en aquél.

2.2.2 La eficacia vinculante de la convención sobre los derechos del niño.

Complementariamente, no se puede omitir mencionar que, entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, con posterioridad a la vigencia del Código Civil (1984), se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que forma parte del derecho nacional desde 1990.

Sobre los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional (STC 5854-2005-PA/TC, 2005, p. 11) ha precisado, comentando el artículo 55 de la Constitución, que

los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Agrega el máximo intérprete de la constitucionalidad que

los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Siendo así, concluye que

el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional (STC 00047-2004-AI, 2006) ha reconocido el rango constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte del derecho nacional interno con rango constitucional y, como tal, es derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable por los órganos jurisdiccionales para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia; los que deben ser interpretados conforme a dicho Tratado Internacional de Derechos Humanos.

2.2.3 El modelo constitucional y convencional de filiación y responsabilidad parental

El modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución (1993) se infiere de las previsiones siguientes:

Artículo 2:

Toda persona tiene derecho

1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

2. A la **igualdad** ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica o de cualquier otra índole.

[...]

7. Al honor y a la buena reputación, a la **intimidad** personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[...]

Artículo 4:

La comunidad y el Estado **protegen especialmente al niño, al adolescente**, a la madre y al anciano en situación de abandono. También **protegen a la familia y promueven el matrimonio**. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 6:

La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables**. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la **naturaleza de la filiación** de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. (pp. 2-3).

Dejando constancia que es nuestro el subrayado y resaltado de estas normas, el modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental responde a la concepción de familia de la Constitución (1993): la protección de la institución se debe otorgar independientemente que su origen sea matrimonial o extramatrimonial (artículos 4° y 5°); siendo así, también deben protegerse por igual a los hijos concebidos y nacidos dentro o fuera del matrimonio. Ello importa, respecto de la determinación de la filiación matrimonial, la relativización del principio *favor legitimitatis* que sustenta la presunción de paternidad matrimonial: la promoción dispensada al matrimonio ya no impide la investigación de la filiación del hijo nacido dentro del mismo, a fin de que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio *favor veritatis*); pues no es suficiente una determinación meramente formal.

De otro lado y al reconocer expresamente a la identidad como un derecho fundamental a la par que a la intimidad, el modelo constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2°, incisos 1 y 7). Por cierto, en las soluciones que se adopten para resolver el anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio *favor filii* (artículo 4°), lo que determina preferir, en principio, el derecho a la identidad del procreado antes que el derecho a la intimidad de los progenitores (Plácido, 2018, p. 39).

Ello también es así, por el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6°) que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fin de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público en esta materia; y reconoce “el deber de los progenitores

de reconocer al procreado y, consecuentemente, asumir los roles parentales” (Plácido, 2018, p. 39).

Precisamente, el comprobar la existencia de un deber constitucional de asumir el resultado del acto procreativo y, consecuentemente, aceptar los roles parentales, derivado del principio de promoción de la paternidad y maternidad responsable, destaca que la asunción de la calidad de madre o de padre está también ligado a la voluntad de asumir tal responsabilidad;

un planteamiento muy alejado del fatalismo acto biológico (de la unión sexual y posterior procreación). Esto es, la paternidad o maternidad relacionada no ya con la biología sino con el hecho volitivo de tener un hijo; se ha dejado al papel, sino de la voluntad en sentido de acto jurídico, al menos a las iniciativas o comportamientos que tienden a crear o a destruir de hecho un vínculo de parentesco.

Lo cual va a tener su reflejo en el concepto mismo de filiación; en otro momento concebido como el elemento central del estado de las personas y a tal título indisponible, deviene cada vez más dependiente de las intenciones y de las voluntades. Aparece así la idea de una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por un imperativo legal. Al mismo tiempo, la filiación se separa claramente de los valores que antes pretendía garantizar. Durante mucho tiempo, su reglamentación tenía como finalidad la protección de las relaciones sociales: el sistema de parentesco se construía para asegurar la protección de la familia nacida del matrimonio, sobre la base de la presunción de paternidad, en la medida en que ésta, a los ojos del legislador, era garante de orden y de paz. Se preocupaba entonces poco de la verdad biológica o de la verdad afectiva, o incluso de la coincidencia entre las dos, no solo porque la primera era poco controlada, sino porque el objetivo del derecho de la filiación se orientaba hacia la defensa del matrimonio. El interés del niño era nacer y quedar legítimo, y la filiación se construía así pues en función y a favor del matrimonio. Cuando esta concepción cede ante el pluralismo de las parejas y el resultado de las reivindicaciones de la autonomía y ante la necesaria no discriminación de los niños, el derecho de filiación deviene cada vez más autónomo y orientado sobre la voluntad humana (Plácido, 2018, pp. 14-15).

Siendo así, en consideración al principio de paternidad y maternidad responsable, también se exige el cumplimiento del deber jurídico de contribuir en la determinación de la identidad filiatoria, informando los datos que permitan

identificar a los progenitores que no quieren atender a las exigencias constitucionales.

Por otra parte, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) vinculadas con el modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental son las siguientes:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.**

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 7

1. **El niño** será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde que nace** a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.**

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

(pp. 10-12).

Señalando que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se comprueba que, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y en directa alusión al modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a conocer quiénes son o fueron sus padres; y, a su vez, determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos, lo que incluye la preservación de las relaciones familiares.

Este “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” -artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, p. 11)-, incluyendo el “derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares” -artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, p. 12)-, constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria y, consecuentemente, de la responsabilidad parental.

Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7° de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8° de la Convención) (Plácido, 2018, p. 41).

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

El “principio del interés superior del niño” -artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, p. 10)- será el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

En esa determinación debe considerarse el rol trascendental que tiene la afectividad en la trayectoria de vida del hijo y que la propia Convención sobre los Derechos del Niño (1989) reconoce cuando, en su preámbulo, destaca: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (p. 8); “lo que no sólo constituye una pauta interpretativa, sino un claro propósito por alcanzar” (Plácido, 2015, p. 217).

Así pues, la afectividad en consideración a los derechos del niño, niña y adolescente tiene explícita recepción como principio con rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano; que también se aprecia implícito en el artículo 6° de la Constitución (1993) cuando se dispone que: "Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres". Esta descripción que es la esencia de la responsabilidad parental encuentra su sustrato en la afectividad, que se constituye en el fundamento de las funciones encargadas a los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

2.2.4 La organización de las relaciones paternofiliales.

Cabe destacar, ahora, que la organización histórica de las relaciones paternofiliales se ha desarrollado bajo el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. Ello fue así, por cuanto en la modernidad “el orden familiar se apoyaba en tres pilares fundamentales: la autoridad del marido, la subordinación de la mujer y la vigorosa dependencia de los hijos respecto de aquél” (Mizrahi, 2006, p. 57).

Tal orden era la esencia de la familia tradicional en donde “las personas se desarrollaban condicionadas para necesitar seguridad antes que amor,

sentimiento considerado anormal, peligroso y hasta subversivo” (Mizrahi, 2006, p. 58). Por eso, el principio binario ponía en evidencia que el criterio biológico e institucional, en consideración al matrimonio, era lo preponderante para la formación de la familia.

El paso de la modernidad a la posmodernidad marcó la democratización de la familia nuclear y, con ello, el reconocimiento de un espacio destinado a la afectividad, sobre la base de la igualdad y libertad; siendo el surgimiento de la familia nuclear la que acabó por aproximar a sus integrantes, permitiendo un vínculo afectivo entre ellos, basado en la solidaridad y cooperación.

En suma, el matrimonio generador de un vínculo de autoridad marital, y desprovisto en gran medida de contenido erótico, se reemplaza por la pareja conyugal igualada ante la ley y enlazada a nivel sociológico desde una perspectiva amorosa; a la típica familia patriarcal le siguen las familias coparental, monoparental, matrifocal y homoparental (Mizrahi, 2006, p. 78).

De este proceso, la afectividad asumió una importancia creciente en las relaciones familiares y, al igual que el criterio biológico e institucional, acabó por ser considerada como digna de atención y reconocimiento efectivo.

Sin embargo, este devenir histórico no fue seguido en la codificación civil relativa al Derecho de Familia en el ámbito de las relaciones paternofiliales, como son la identidad filiatoria y la responsabilidad parental. De acuerdo con ello, en la identidad filiatoria en cuanto tiene su origen en la procreación se tiende a la concordancia entre filiación y realidad biológica; es decir, “que la búsqueda es al autor del procreado o a la mujer que ha concebido, para traducir al plano jurídico el vínculo natural de la procreación y entonces proclamar en derecho como padres a los que han sido progenitores” (Plácido, 2018, p. 8).

Por lo mismo, la responsabilidad parental corresponde a los padres como correlato de la realidad biológica y por considerarse que tendrán una “posición

muy favorable para ayudar al desarrollo de la capacidad del niño de intervenir de manera progresiva en las diferentes etapas de toma de decisiones, para prepararlo a una vida responsable en una sociedad libre” (Plácido, 2018, p. 20).

De acuerdo con ello, en la legislación civil está explícito que padre o madre es quien procreó; lo que resulta notorio con las modificaciones introducidas al régimen legal de la filiación por la Ley N°27048 y la Ley N°28457 y sus modificatorias -las Leyes N°29715, N°29821 y N°30628-.

Si bien es verdad que en la actual legislación se apunta con mayor rigor a la coincidencia de los vínculos paternofiliales con la verdad biológica, también lo es que no se logra esa identificación absoluta debido a dos causas. Por un lado, a las restricciones existentes que se fundamentan en la necesidad de preservar la tranquilidad en la familia, que se impone por el principio de protección que evita desórdenes en su organización. Así, se contemplan plazos de caducidad para impugnar la filiación, limitaciones de los sujetos legitimados para promoverla, etc. Por otra parte, a la presunción de paternidad matrimonial que evidencia que ésta no es conferida como un efecto de la procreación sino del propio vínculo matrimonial.

Pero, es con

el desmoronamiento de la familia nuclear, cuya nota relevante es la crisis del matrimonio, que se reemplazan las relaciones de subordinación (modelo jerárquico) por otras de corte igualitario (modelo asociativo)”, que determinó “el cese de la supremacía indiscutida del padre-marido, del rol puramente doméstico de la madre-mujer y de la posición de sumisión de los hijos”, con lo que “se superaron las aludidas restricciones históricas que no permiten la coincidencia entre la verdad biológica y el vínculo paternofilial (Mizrahi, 2006, p. 79),

y dio paso a una consideración mayor: Se estima insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, aunque estemos fuera de los supuestos de la figura

adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas biologists extremas. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que el ser humano constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por lo demás, constituye una verdad que la libre investigación de la paternidad que rige en el mundo actual no lleva de la mano imponer dogmáticamente el hecho de la procreación como única fuente de la filiación.

Por supuesto que la búsqueda de la verdad debe ser admitida sin rodeos. Su ocultamiento es un acto de deshumanización porque aquella tiene un valor estructurante y es deseada inconscientemente por el niño que reclama la autenticidad de su esencia filiatoria. Empero, adviértase que existe —al lado de la biológica— otra verdad que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y afectiva, que también construye la identidad de la persona humana. Ahora la premisa es que el “padre” es el que procrea y cría al hijo. La filiación debe buscar la concordancia entre el aspecto biológico —de carácter estático— y el afectivo o sociológico—de carácter dinámico—, aspectos, concurrentes, que hacen la filiación por naturaleza (Plácido, 2018, pp. 11-12).

2.2.5 El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos.

El “derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, está expresamente reconocido en el artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989): “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (p. 11).

Figura 2

Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. Coincidencia entre las facetas biológica y afectiva.



Fuente: Elaboración propia

En el ámbito regional americano, este derecho se relaciona con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (p. 9). Por su parte, también está vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1 de la Constitución (1993).

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporciona un concepto de lo que haya de entenderse por el “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, éste tiene un contenido esencial, susceptible y necesitado de protección.

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la

investigación de la filiación por su desconocimiento y posterior reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz (Plácido, 2005, p. 33).

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, el contenido esencial protegido en este derecho se concreta en el interés de toda persona a acceder al conocimiento de quienes son sus padres y, a su vez, a que éstos asuman su cuidado, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

En ese sentido, el “derecho a conocer a los padres” se centra en la idea de la asunción voluntaria y, en su caso, la determinación jurídica de la paternidad y de la maternidad. “A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial” (Plácido, 2018, p. 43). Mientras que el “derecho a ser cuidado por los padres” se rige por el principio de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por el padre y la madre atiende mejor al interés de los hijos menores -conforme a la previsión del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, p. 169)-; “lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa; con prescindencia del origen de la filiación” (Plácido, 2018, p. 98).

Siguiendo a Fernández Segado (1994), en cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos

no sólo es un derecho subjetivo de defensa; sino que, desde una perspectiva objetiva, es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales (p. 57).

En su vertiente subjetiva, los derechos fundamentales

están pensados también para las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque -en ese sistema- sólo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público (Peces-Barba Martínez, 1984, p. 624).

Como conclusión lógica de lo anterior, se deriva que el “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, -civil, administrativa o penal-, que garantice este derecho no sólo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

En cambio, desde la perspectiva objetiva el “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” constituye un derecho específico de la infancia que se sustenta en el principio de afectividad -previsto en el sexto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los

Derechos del Niño (1989)- conforme al cual “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (p. 8). Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, resultando irrenunciable e imprescriptible.

En concreto, el “derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” se desarrolla en las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental; respecto de las cuales, sus dos facetas les están referidas. Así, el desarrollo del ser humano se produce dentro de un proceso continuo que se inicia con la concepción:

La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores. (Fernández Sessarego, 1992, p. 21)

De ello se infiere que, desde la concepción, está presente la faceta estática, que se irá luego acrecentando a través de toda su vida hasta la muerte; sumando, durante el ciclo vital, otros elementos complementarios de la misma. “A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad” (Fernández Sessarego, 1992, p. 22).

Entre esos otros elementos complementarios, que surgen a su vez, están las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres, que hacen la esencia de la responsabilidad parental. Esto es, la faceta dinámica que se materializa en el concepto de “posesión constante de estado de hijo”, que “es el goce de hecho de determinado estado de familia y se presenta cuando alguien

se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres” (Plácido, 2018, p. 55).

Precisamente, la faceta dinámica asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que:

la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar a la persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paternofamiliar (Plácido, 2018, p. 56).

Del precepto contenido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), resulta claro que deben coincidir ambas facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; vale decir, que las calidades de progenitores y cuidadores deben recaer en las mismas personas: los padres del hijo. Es a lo que tiende el sistema jurídico con las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental: que quienes te han procreado, te cuiden.

2.2.6 El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. La solución excluyente: la biparentalidad.

Como se ha indicado, las dos facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, por lo general, coinciden; “vale decir, que las calidades de progenitores y cuidadores recaen en las mismas personas. La idea es: quienes procrean, crían” (Plácido, 2018, p. 60).

Figura 3

Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. No coincidencia entre las facetas biológica y afectiva. Solución excluyente: la biparentalidad.



Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden. Por ende, se puede advertir que:

la biología no es la única verdad que prima en la identidad filiatoria, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, psicológico. Aquí es donde se conjugan las facetas estática y dinámica que integran la identidad de una persona. Y es en este contexto donde se divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico. (Gil Dominguez et al., 2006, p. 836).

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación, pues

al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. (Gil Dominguez et al., 2006, p. 837).

Pero también, en el caso de la filiación por naturaleza, se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica. En su momento, se explicó que “será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria que no se corresponde con aquel” (Plácido, 2018, p. 38). Por ello y en consideración a las previsiones del artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

Durante la corta edad –por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase “desde que nace”–, el interés superior del niño se centra en el conocimiento de origen biológico, de su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a “preservar” la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que otorga el interés superior del niño a cada faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42).

La determinación del aludido postulado general es el resultado de una ponderación entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria de una misma persona. Para llegar a ella, se parte del cuestionamiento al llamado “biologismo” o “biologicismo”, donde el respeto por la identidad filiatoria es entendido como sinónimo de identidad en su faz estática, o sea, en lo “biológico”.

Quienes defienden una postura “biologicista” a ultranza, como toda perspectiva extrema, es totalitaria y fanática, por lo cual inhibe un elemento básico en las instituciones de familia, su permeabilidad y flexibilidad.

Las familias no son todas iguales, no todos los padres quieren o pueden criar a sus hijos, por lo tanto, no se puede acortar el abanico de posibilidades desde el plano jurídico... Por lo tanto, hablar de “dogmas” en este campo del derecho significa hacer lugar a una mirada parcializada, acotada o restrictiva y, por ende, inadecuada (Herrera, 2008, p. 86).

En este sentido, se consideran acertadas las observaciones que a modo de denuncia esbozan algunos autores, quienes destacan que la visión de la identidad personal como sinónimo de identidad biológica deja de lado la faz dinámica y, por ende, se presenta cerrada y errada.

Al respecto, Zannoni (1999) sostiene que

... el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir por sí misma la proyección dinámica de la identidad filiatoria.

Agrega el autor citado que

el criterio de la verdad biológica como determinante de la identidad filiatoria implica privilegiar el dato biológico como su presupuesto. Si bien este dato es trascendente, muchas veces resulta insuficiente para captar la dimensión dinámica de la identidad.

Añade que

desde la perspectiva jurídica el “quid” estriba en saber si el presupuesto biológico puede hacerse prevalecer llegado el caso, aun contra una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

Conforme a tales criterios y en alusión a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), sentencia que estas disposiciones

no impiden que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una “verdad biológica” considerada apriorísticamente. O que, por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que supla carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica (pp. 233-234).

El interrogante central para destruir este dogma es bien sencillo. ¿Se condice con el principio rector del interés superior del niño apelar al “biologismo”

o “biologicismo” a ultranza, a fuerza de cualquier situación fáctico-afectiva planteada? La respuesta negativa se impone. Máxime, cuando en las cuestiones que involucra la filiación de un niño se pueden encontrar comprometidos distintos tipos de relaciones afectivas, donde sea dable analizar en cada caso la calidad de los vínculos forjados. El tipo de lazos entretnejidos entre el niño y su familia de origen, pero también, si ello ha acontecido, el tipo de relación desarrollada entre el primero y la familia cuidadora y de crianza.

Reprochada la postura biologicista extrema, cabe preguntarse cuál es la perspectiva que mejor se condice con el derecho a la identidad filiatoria en sus dos facetas, so pena de incurrirse en una visión parcializada en la que caen quienes defienden el mencionado “biologicismo”. Como se suele decir, “cada caso es un caso”, por lo tanto, la mejor solución en defensa del derecho a la identidad tanto del principal involucrado como de los demás adultos también implicados consiste en sopesar en cada situación concreta cuál de las dos facetas prima. En palabras del reconocido constitucionalista alemán Robert Alexy (2002), se trata de ponderar derechos –en este caso, vertientes de un mismo derecho. Este autor sostiene sobre este punto que, cuando dos derechos fundamentales colisionan, uno de los dos debe ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el derecho desplazado. La colisión de derechos fundamentales no se resuelve en la dimensión de la validez, sino, por el contrario, se dilucida en la dimensión del peso. La solución de la colisión reside en establecer –teniendo en cuenta las circunstancias del caso- una relación de precedencia condicionada: tomando en cuenta el caso se indican las condiciones bajo las cuales un derecho prevalece sobre el otro, pero bajo otras condiciones la cuestión de prevalencia puede ser solucionada de manera inversa. Se trata de

lo que este autor llama “ponderación”, por la cual nos permite corregir cuál de los intereses “abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso en concreto” (p. 81).

La ponderación va a permitir conocer cuál de ellos debe priorizarse en el caso concreto. Acá no se trata de una colisión entre reglas sino de principios y valores, por lo cual no se habla de opción sino de juicio de ponderación. En otras palabras, no habría una antinomia en el sentido tradicional, sino una tensión donde uno desplaza al otro en una situación particular según “la capacidad argumentativa de cada uno” (Lorenzetti, 1998, p. 198).

En ese sentido, no podrá desconsiderarse el respeto por los lazos biológicos sin tener en cuenta la llamada faceta dinámica de la identidad filiatoria por naturaleza, ni dejar de lado las causas por las cuales la familia de origen se desprendió de un hijo, la edad del niño y el tiempo en que este último ha forjado vínculos con la familia cuidadora y de crianza.

Esta perspectiva, signada por la ponderación particular de las dos facetas mencionadas, es la más equilibrada al respetar todos los intereses en juego, en especial el del niño. Ello en nada se contradice con otro derecho fundamental como es el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, que también repercute en el derecho a la identidad de las personas. Así, *a priori* y en abstracto, lo ideal es que todo niño pueda ser criado por su familia de origen. Es decir, que la identidad filiatoria estática y dinámica coincidan. Lo que sucede es que no siempre ello es posible. Por lo cual debe darse cabida al cuidado y crianza como un modo de satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia.

En otros términos, en un primer momento los lazos de sangre –y consigo los afectivos que también se tejen con la familia de origen- deben ser priorizados

por sobre cualquier otro. Pero ello debe ser revisado y reinterpretado cuando un niño ha sido separado de su familia y ubicado en otro ambiente familiar. Es muy posible que en ese contexto el niño haya entrelazado vínculos afectivos sólidos con otros referentes distintos a su familia de origen, los que hacen a su identidad en su faz dinámica, por lo cual deben ser sopesados al momento de decidirse, en definitiva.

En suma, en abstracto la balanza se inclina a favor del mantenimiento de los vínculos biológicos, lo cual se condice con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen. Esta prioridad no significa apego a los vínculos de sangre a cualquier costo, tal como defienden los que se enrolan en la postura "biologicista". Es que siempre la faz estática debe ser evaluada junto a la dinámica, so pena de incurrirse en una mirada parcial. Evaluación que se vuelve compleja cuando la vertiente dinámica compromete a otro núcleo familiar que el de origen. Básicamente, cuando está en juego la restitución de un niño a su familia de origen, pero éste se encuentra viviendo en otro grupo familiar. Este enfrentamiento analizado en el caso en concreto es el que podrá indicar cuál es el mejor interés del niño. En otras palabras, la mayor o menor fortaleza o consolidación de la relación afectiva entre el niño y su cuidador actual constituye uno de los elementos de carácter dinámico de suma relevancia para, en definitiva, resolver el conflicto planteado. Solo de este modo se podrá evaluar o materializar el mencionado principio indeterminado, eje rector en materia de infancia y adolescencia.

Así, por ejemplo, el caso del hijo de mujer casada cuya paternidad es atribuida por la ley al marido, no siendo éste el progenitor biológico; o, la situación del hijo que es reconocido por quien biológicamente no es un padre. En ambas

circunstancias, el hijo puede mantener en el tiempo una “posesión constante de estado” coincidente o no con tal verdad biológica.

Para el primer supuesto, ya se ha explicado que

Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio *favor veritatis*), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio *favor filii*). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad (Plácido, 2018, p. 61).

En atención a ello y recurriendo al test de razonabilidad que exige que la restricción se justifique en la promoción de un fin constitucionalmente valioso, se ha expuesto que:

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada (Plácido, 2018, pp. 61-62).

En lo que se refiere a la proporcionalidad, ésta exige apreciar que la medida restrictiva satisfaga los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Respecto al subprincipio de idoneidad se ha precisado que:

En el supuesto bajo análisis, la restricción sugerida resulta adecuada al fin propuesto. En efecto y siendo que, en el actual sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, resulta idóneo restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer

casada (Plácido, 2018, p. 62). Con relación al subprincipio de necesidad, se ha señalado que:

Igualmente, la limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos (Plácido, 2018, p. 63).

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto permitirá observar el grado de afectación de una u otra faceta de la identidad filiatoria y determinar, sobre la base de la comparación de las intensidades, cuando resulta legítima la restricción de la identidad filiatoria estática o, en su caso, de la identidad filiatoria dinámica. Así, se ha establecido que:

Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*), éste no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues éste no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una “posesión constante de estado” con aquél. Sólo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico (Plácido, 2018, p. 673).

Esta solución encuentra su confirmación en la consideración primordial al interés superior del niño (principio *pro filii*) que exige su protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia, por tener mayor importancia en el orden de prelaciones y jerarquías de la Constitución. En ese sentido y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que coincide con tal verdad biológica.

El camino para encontrar la solución al caso del hijo que es reconocido por quien biológicamente no es un padre, es el mismo. También resulta vital comprobar si el hijo ha mantenido en el tiempo una “posesión constante de estado” coincidente o no con la verdad biológica. Esta ruta mantiene indemne el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. En ambas circunstancias, se pondera una u otra faceta que hacen a las relaciones paternofiliales y se plantea la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria, sea o no concordante con la verdad biológica, si se manifestó en el tiempo a través de la posesión constante de estado de hijo con quien, finalmente, quedará como el padre o madre.

2.2.7 El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. la solución incluyente: la multiparentalidad.

El postulado general desarrollado hace primar la biparentalidad en las relaciones paternofiliales y se aplica, en la filiación por naturaleza, a situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica y debe elegirse entre una u otra; debiéndose optar por preferir esta última si existe una posesión constante de estado de hijo mantenida en el tiempo.

Sin embargo, ¿cuál debe ser la solución si el hijo ha mantenido o mantiene una posesión constante de estado con quienes se dicen ser sus padres o madres, biológicos y afectivos? Es claro que, en estos casos, la faceta estática no se contrapone a la faceta dinámica y viceversa; y, al contrario, ellas coexisten y trascienden definiendo la identidad filiatoria del hijo e incidiendo en el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres. En tales circunstancias, la solución debe ser una que integre ambas facetas: ella es, la multiparentalidad.

Figura 4

Derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. No coincidencia entre las facetas biológica y afectiva. Solución incluyente: la multiparentalidad.



Fuente: Elaboración propia

Como se señaló, para el reconocimiento de la multiparentalidad resultaba necesario precisar el contenido y alcances del “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos” dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), pues en la eficacia integradora de éste -frente al Código Civil (1984) que no la regula- se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Se trata del recurso al principio de eficacia integradora de la Constitución, que es un principio hermenéutico que orienta y canaliza “el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supremo del Estado”, haciendo “más operativa y potente la unidad axiológica y teleológica de la Constitución” (García Toma, 2006, p. 196). A partir de ello, con la acción interpretativa de la Constitución

se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben aplicarse. En este contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir in totum los elementos que integran la norma que es objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella que se adecúa a los fines y valores que cimientan el corpus constitucional (García Toma, 2006, p. 180).

Así, es verdad que el principio binario de la filiación y, consecuentemente, de la responsabilidad parental -según el cual, nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno- encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6° de la Constitución (1993) en alusión al “principio de paternidad y maternidad responsables” y del numeral 1 del artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en referencia al “principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. De la expresión “ambos padres” contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Al respecto, resulta interesante destacar la evolución producida en las legislaciones que regulan el matrimonio igualitario, en donde el principio binario ya no alude a tener una madre y un padre, sino a dos vínculos filiales. Así ocurre, por ejemplo, con el Código Civil y Comercial de la Nación argentina (2014) cuyo artículo 558°, último párrafo, señala: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” (pp. 99-100).

El arduo debate que trajo aparejada la ley 26.618 al campo del derecho filial ha estado marcado, precisamente, por la irrelevancia del tipo filial que debía tener esa máxima de doble vínculo filial. De este modo, después de la ley 26.618 perdió interés jurídico -y simbólico- que un niño deba tener una madre y un padre, es decir, que su vínculo filial deba estar centrado en la determinación de la maternidad y de la paternidad (sea matrimonial o extramatrimonial). Así, desde fines de julio de 2010, el ordenamiento jurídico reconoce que un niño pueda tener doble vínculo materno (la gran mayoría de las veces, supuestos de TRHA en el marco de un matrimonio integrado por dos mujeres) o doble vínculo paterno (por supuestos de

gestación por sustitución realizada en el extranjero o también por la adopción conjunta de un matrimonio conformado por dos hombres). Pero más allá de esta flexibilidad en el tipo (materno/paterno) filial, lo cierto es que el régimen vigente mantiene el principio de doble vínculo. En ese sentido, un niño puede tener un vínculo filial o, como máximo, dos vínculos filiales (Herrera y Lamm, 2014, p. 722).

Ahora, siendo que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde el punto de vista estático, está constituida por el dato biológico y, desde el punto de vista dinámico, está constituida por el dato afectivo, resulta evidente que tales facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas y, al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Vale decir, que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, materno o paterno; por lo que, la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional.

La evolución mostrada en el desarrollo del principio binario permite apreciar que

Hace algunas décadas la definición de “padres” era bastante sencilla. Estaban los padres “biológicos”, a veces denominados padres “naturales”, y los padres “psicológicos” o “encargados del cuidado del niño”, que eran, por ejemplo, los (padres) que habían adoptado o criado al niño, que le habían brindado la atención necesaria durante su infancia.

Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de “padres” incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque solo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre

en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate, ya que las definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres “sociológicos” o “afectivos” del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño (Plácido, 2018, p. 7).

Siendo así, la multiparentalidad es una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; resultándole, por tanto, pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados.

En cuanto a la denominación del instituto, se comprueba el empleo en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada de los términos “multiparentalidad” o “pluriparentalidad”, para referirse a una misma realidad.

El primero es desarrollado por la jurisprudencia y doctrina brasileña, como se verá seguidamente, y refiere la posibilidad una múltiple filiación con todos los derechos y deberes a ella inherentes.

El segundo es expuesto por la jurisprudencia y la doctrina argentina, como después se explicará, y refiere al reconocimiento de más de dos vínculos filiales con las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan.

Si bien etimológicamente, los prefijos “multi” y “pluri” son de origen latino y se emplean en la formación de nombres y adjetivos con el significado de multiplicidad o pluralidad, respectivamente, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, en este trabajo se empleará el término “multiparentalidad” por tener mayor arraigo y desarrollo conceptual por la jurisprudencia y doctrina brasileña, en el ámbito sudamericano. Se deja constancia que en el caso argentino se emplea el término “pluriparentalidad” desde que fuera “aprobado en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la

Comisión N°6 Familia: "Identidad y filiación" (Universidad Nacional del Sur, 2015). Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional" (SAIJ, 2020).

En cuanto a sus antecedentes jurisprudenciales, Herrera y Lamm (2014) dan cuenta que:

El primer caso que atribuyó derechos parentales a más de dos padres fue en Louisiana en la década de los 80. Una mujer casada dio a luz a un niño cuyo padre biológico no era su marido. El niño tenía una relación con ambos hombres y el tribunal dijo que ambos eran padres (conf. U.S. Supreme Court, "Michael H. vs. Gerald D", 491 U.S. 110 [1989], disponible en:<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=110>).

Más recientemente, y en el contexto de parejas homosexuales, California, Oregon, Washington, Massachusetts y Alaska han permitido la adopción por un tercer padre, de modo que ninguno de los padres biológicos debió renunciar a la responsabilidad parental y la pareja de uno de los padres se convirtió en el padre legal a través de la adopción.

Mientras que, en el plano legislativo, señalan que:

La Family Law Act (SBC 2011) Chapter 25 de Vancouver constituye la primera legislación sobre la materia. En el Estado de California, en EE.UU., el Senado ha aprobado el 2-7-2012 un proyecto de ley que admite la posibilidad de establecer vínculo filial con más de dos personas. Se trata del proyecto de ley 1476, introducido por el senador Leno el 24-2-2012, tendiente a modificar los artículos 3040, 7601 y 7612 del Código de Familia relativos a la filiación y a añadir el artículo 4052.5.

Cabe tener en cuenta que la propuesta legislativa se presentó luego de que una corte de apelaciones de California estableciera que un niño no puede tener tres padres. Véase el caso in re "M.C., N°B222241 (Cal. Ct. App, 2d Dist., 6-5-2011).

Por su parte, Delaware y el Distrito de Columbia han adoptado leyes que permiten terceros padres de facto con los mismos derechos y responsabilidades que los padres adoptivos.

Delaware define a los padres de facto y lo considera un padre legal. Consecuentemente, en ese Estado un niño puede tener tres padres.

En el Distrito de Columbia los estatutos referentes a la filiación establecen que la paternidad le corresponde a la persona que consiente la inseminación de la mujer. Un donante de semen también puede ser un padre, pero sólo si existe un acuerdo por escrito para tal efecto. Así, cuando tres individuos documentan por escrito que están concibiendo un hijo, todos serán padres y el niño podrá tener tres padres. Además, el DC tiene un estatuto para los "padres de facto" que define cuando una persona que no es un padre legal puede sin embargo obtener la custodia y derechos de visita y tiene la obligación de pagar manutención de los

hijos en igualdad de condiciones con los padres legales. Si el niño tiene dos padres legales, esto puede generar en una tercera persona algunos de los derechos de la paternidad (p. 451).

Situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los elementos siguientes: “a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade” (Lóbo, 2008, p. 6).

De acuerdo con ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico. En ese sentido, Madaleno (2017) precisa que:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da naturaliza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar.

Em contrapartida, não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou (pp. 498-499).

Complementariamente, Brochado y de Lima (2010) constatan la existencia de una dicotomía entre la filiación biológica y la afectiva, en tanto que la convivencia crea lazos de afectividad y deja marcas en la construcción de la personalidad del hijo. Resaltan que lo que garantiza la formación de una persona

es el ejercicio de las funciones maternas y paternas en su vida, independientemente de los lazos consanguíneos. De esta manera, destacan la esencia de la socioafectividad, punto de partida para la admisión de la multiparentalidad:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, como o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade (p.173).

Así como la socioafectividad marca la personalidad del hijo para su desenvolvimiento en la sociedad, la multiparentalidad tiene el mismo efecto. Aquí la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que deben ambas preservarse. Como explica Días (2017):

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz como a respeito á dignidade e á afetividade. O direito de uma criança ou adolescente ter retratada em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma (p.433).

En estos casos, el interés superior del niño exige preservar el “triángulo afectivo” en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

Figura 5

La multiparentalidad: redefiniendo las relaciones paternofiliales.

MULTIPARENTALIDAD



Fuente: Elaboración propia

En cuanto a los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como

perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado al comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de éste de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, y, la *fama* o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”, expresamente aludidos en el artículo 6° de la Constitución.

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del

comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La aludida coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Contribuirá a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo.

En estos casos y considerando el principio del interés superior del niño, la participación del coordinador parental resulta necesaria para la creación de los vínculos paternofiliales y la prevención de conflictos de parentalidad. Sus propósitos para la multiparentalidad difieren de sus orígenes dirigidos a la resolución de tales conflictos parentales, como explica Crespo (2018):

La figura del coordinador de parentalidad surge en los años 90 en Estados Unidos y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas, en la que se hallan implicados los hijos menores. Parte de la base de que, tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos (p. 89).

El convenio de multiparentalidad en lo que se refiere a la creación de los vínculos paternofiliales, está dirigido a desarrollar una adecuada estabilidad emocional para el hijo, y respecto de la prevención de conflictos de parentalidad tiene por propósito evitar su surgimiento durante la convivencia parental y a precaver su solución en caso de separación parental. Conforme a ello, su contenido debe seguir las pautas del plan de parentalidad a que se refiere artículo 233-9 del Libro II del Código Civil de Cataluña (2010):

Artículo 233-9. Plan de parentalidad.

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.
2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:
 - a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
 - b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
 - c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
 - d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
 - e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
 - f)) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
 - g) g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
 - h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.
3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos. (pp. 59-60).

Los acuerdos a que arriben los padres biológicos con los padres afectivos, con o sin la participación del coordinador parental, deben reflejar la especial

consideración al interés superior del hijo; para lo cual, se tendrá en cuenta su opinión en la formulación del convenio de multiparentalidad y, en su caso, podrá ser objeto de revisión judicial para su modificación.

2.2.8 Visión Comparada de la Multiparentalidad en Brasil y Argentina

Para complementar lo expuesto, resulta importante realizar una visión comparada del tratamiento de la multiparentalidad en dos sistemas jurídicos cercanos al nuestro.

Así, se verá que es en el sistema jurídico de Brasil donde la multiparentalidad ya tiene un reconocimiento pleno sobre la base del principio de afectividad y el respeto de la dignidad de la persona; lo que ha permitido apreciar que, en los casos de concurrencia de padres biológicos y padres afectivos, la solución debe ser una en que tales vínculos sean plenamente reconocidos y, por tanto, comprendidos en un plano de igualdad.

Tanto su doctrina como su jurisprudencia señalan que la multiparentalidad se fundamenta en el principio de paternidad responsable y se desarrolla por la efectiva convivencia familiar en la que se involucran los padres biológicos y los padres afectivos, ejerciendo la responsabilidad parental en beneficio del hijo. En razón a ello, la multiparentalidad produce todos los efectos del estado paterno-filial, incluyendo los alimentarios y sucesorios. La decisión de su Supremo Tribunal Federal consolidó, desde el año 2016, esta visión brasileña de la multiparentalidad.

De otro lado, se comprobará que en el sistema jurídico de Argentina la multiparentalidad tiene un desarrollo reciente. Si bien el legislador no la consideró en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014), ello no ha sido un impedimento para que su doctrina y legislación la venga proyectando para la

determinación de la responsabilidad parental en los casos de la familia ensamblada y la preservación de los lazos familiares originarios en la adopción.

Por lo mismo, la conservación del principio binario de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) tampoco ha sido un obstáculo para su reconocimiento en los casos que han merecido pronunciamiento por parte de sus autoridades administrativas y judiciales, los que han estado referidos a supuestos de filiación por adopción y por las técnicas de reproducción humana asistida.

Este análisis comparativo permitirá apreciar la disrupción que provoca la multiparentalidad en la determinación de la identidad filiatoria y, por supuesto, en la delimitación de sus efectos en el ejercicio de la responsabilidad parental y demás derechos derivados del vínculo filial; todo lo cual, exige su redefinición considerando los intereses de los involucrados y, en particular, el de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.8.1 La visión brasileña de la multiparentalidad.

Debe destacarse que en donde la multiparentalidad ha tenido un mayor desarrollo y tiene un reconocimiento pleno es en el sistema jurídico de Brasil, sobre la base del principio de afectividad en el Derecho de Familia.

Una revisión de las diversas concepciones históricas de familia permite comprobar que éstas no adoptaron a la afectividad como elemento constitutivo del vínculo entre sus integrantes por considerar que la noción de afecto envuelve una visión de la persona y de su subjetividad. Por el contrario, el criterio biológico e institucional, en consideración al matrimonio, era lo preponderante para la formación de la familia.

La modernidad marcó el reconocimiento de un reducidísimo espacio destinado a la subjetividad y, de cierto modo, a una esfera afectiva, sobre la base de la igualdad y libertad; siendo el surgimiento de la familia nuclear la que acabó por aproximar a sus integrantes, permitiendo un vínculo efectivo y cada vez más afectivo entre ellos, basado en la solidaridad y cooperación. De este proceso, la afectividad asumió una importancia creciente en las relaciones familiares y, al igual que el criterio biológico e institucional, acabó por ser considerada como digna de atención y reconocimiento efectivo.

Dentro de ese devenir histórico, explica Calderón (2013):

O desenvolvimento dessas relações pessoais subjetivas e a importância crescente que foi sendo conferida a afetividade não foram tempestivamente acompanhados pela legislação do direito de família de matiz moderna, engessado no corpo codificado e na ideia de que sua única fonte era a lei. Como visto, a leitura positivista que predominou durante longo período no Brasil em nada contribuiu para a superação deste descompasso (p. 212).

Ello fue así también en el campo de la filiación. Así, Stolze y Pamplona (2017) destacan que “a visão tradicional sobre a filiação é no sentido de que o seu reconhecimento resultaria em uma dual perspectiva de parentalidade (em primer grau): o(os) filho(os) vinculam-se a um pai e a uma mãe” (p. 655).

Estos conceptos fueron superados con el reconocimiento de la afectividad como un principio fundamental del Derecho de Familia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

2.2.8.1.1 La multiparentalidad en la doctrina brasileña.

En Brasil quien precursoramente atendió tal cuestión fue Villela (1979), quien trató el tema de la afectividad a partir de la paternidad, sustentando expresamente que el parentesco no estaba restringido a una cuestión meramente biológica, visto que “a paternidade em si mesma não é um fato da

natureza, mas um fato cultural" (p. 402). Su tesis partía de una distinción entre las figuras de progenitor y padre, pues "uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato de coabitação sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade" (p. 404). Esta diferenciación, que ahora puede parecer simple, fue de gran importancia para explicar las posibilidades jurídicas de un camino diverso al del biologismo que imperaba en ese entonces.

De esta distinción entre padre y progenitor, Villela (1979) definió lo que determinaba la paternidad, momento en el que se aprecia la vinculación entre paternidad y la noción de afectividad:

Qual seria, pois, esse quid específico que faz de alguém um pai, independentemente de geração biológica? Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes como o serviço que como a procriação. Ou seja, ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quando na circunstância de amar ou servir (pp. 408-409).

La sensibilidad de este análisis evidenció la caída del criterio biológico y la importancia a la que era destinada el criterio afectivo:

A partir de então, de forma crescente, a doutrina passou a sustentar a necessidade de assimilação pelo Direito da distinção das funções de genitor e de pai, bem como a aceitação da afetividade como relevante também na análise da conjugalidade e das demais questões da família" (Calderón, 2013, p. 215).

La afectividad, que no era un tema común en la doctrina brasileña de entonces, a partir de los estudios de Joao Baptista Villela paso a tener mayor consideración en el análisis jurídico del tema.

Quien también contribuyó para la construcción de una doctrina que acogiese a la afectividad en el Derecho de Familia brasileño fue Fachin (1992), cuyo análisis también fue en el tema de la paternidad. Su posición parte de

cuestionar tanto las presunciones ficticias de la legislación como el creciente biologismo en materia de filiación. Al contrario de ello, sustentaba el reconocimiento de la paternidad originada en la posesión constante de estado de hijo; es decir, una paternidad fundamentada en la realidad concreta: “percebe-se, de fato, que é saliente o seu valor instrumental, isto é, a posse de estado serve para revelar a face sócio-afetiva da filiação” (p. 160).

Su estudio contribuyó a apreciar la triple concepción en la cuestión de la paternidad: aspecto biológico, afectivo y jurídico; y, permitió la difusión de la afectividad presente en estas relaciones a partir de la defensa del criterio de la posesión constante de estado de hijo:

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica da paternidade jurídica, á completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz. O pai já não pode ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção da posse de estado de filho (Fachin, 1992, p. 23).

En su segundo trabajo, apostaba por una convivencia entre las facetas biológica y afectiva; apuntando, para la superación del debate entre los defensores de cada una de ella, a que ambas deben convivir en un sistema de filiación coherente con el estado social alcanzado. Señalaba:

é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo), espaço de convivência e também de dissociação. Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma “comunidade de sangue” e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma “comunidade de afeto”. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbios pessoal e emanador da felicidade possível (Fachin, 1996, p. 55).

En esa misma línea, Lóbo (2008) destaca que la afectividad debe ser vista como un principio jurídico del ordenamiento a partir del principio de solidaridad constitucional:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de carácter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX. [...] É o salto, á frente, da pessoa humana nas relações familiares [...] a Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença dos dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. [...] O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destaca, a saber: o princípio de convivência familiar, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança (p. 80).

A partir de ello, la afectividad no incidirá solamente para las cuestiones específicas de la filiación, sino que tendrá un alcance a todas las instituciones del Derecho de Familia, constituyéndose en un nuevo paradigma:

A família, ao converter-se em espaço de realização de afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômico-político-religioso-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendencia enquadram-se no fenómeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude como o despontar dos paradigmas das entidades familiares (Lóbo, 2004, p. 141).

Con estos conceptos, la doctrina brasileña reconoce a la familia multiparental y la parentalidad socioafectiva. Así, se explica que la familia multiparental “ocorre quando o filho possui dois pais ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo, sem que um exclua a outro” (De Carvalho, 2017, p. 61). Se trata del tipo de familia ensamblada o reconstituida, como es conocida en nuestro medio, que surge por nuevos vínculos, de matrimonio o no, que conciertan quienes tuvieron dichas uniones ya disueltas y realizan una convivencia familiar

con la nueva pareja y los hijos tenidos en estos compromisos anteriores. En este tipo de familia, cuando se consolida la comunidad de vida, “o novo parceiro passa a exercer a autoridade parental dos filhos que seu cônjuge/companheiro trouxe das relações anteriores, surgindo um vínculo de socioafetividade, sem contudo o filho perder os vínculos afetivos como o genitor, que mantém o poder familiar” (De Carvalho, 2017, p. 61). Así, se manifiesta una paternidad y maternidad afectiva que se consolida en la convivencia familiar, sin que el hijo pierda los vínculos con sus padres biológicos; por lo que, tiene más de un padre o de una madre y surge la familia multiparental.

La doctrina brasileña ha defendido el reconocimiento concomitante de la filiación biológica y socioafectiva, con todos los efectos jurídicos, incluidos los vínculos de parentesco con los dos padres y las dos madres, alimentos y herencia. Así, Cassettari (2017) expone: “O embasamento para a existência da multiparentalidade é que devemos estabelecer uma igualdade entre as filiações biológica e afetiva” (p. 250).

Este desarrollo doctrinario, que también es defendido especialmente por Brochado y de Lima (2010) y Welter (2009), ha superado la resistencia de la jurisprudencia pasada que consideraba que la paternidad socioafectiva, por configurar una posesión de estado de hijo, se sobrepone y excluye a la biológica; por lo que, ambas no podrían coexistir.

Ressalta-se ainda predominar o entendimento jurisprudencial de que ninguém pode ter dois pais ou duas mães, pois uma maternidade ou paternidade exclui a outra, não se confundindo o afeto do padrasto/madrasta em razão do vínculo da afinidade como o vínculo de filiação da paternidade/maternidade (Brochado y de Lima, 2010, p. 62).

Precisamente, Welter (2009) hace una crítica exhaustiva a esa jurisprudencia pasada, mostrando que la filiación biológica y afectiva deben coexistir y no una sobreponerse a la otra:

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva é, em decorrência conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que “a paternidade biológica se sobrepõe à socioafetiva”, isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional que é genética-afetiva e ontológica (p. 222).

Es Cassettari (2017) quien da cuenta de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que vienen reconociendo la multiparentalidad y destaca que la coexistencia de la filiación biológica y afectiva es de suma importancia; pues, en caso contrario, se abre las puertas para las injusticias y surjan quienes se aprovechen de manera equivocada de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que hace de Brasil uno de los países más avanzados en esta materia:

As parentalidades socioafetivas e biológicas são diferentes, pois ambas têm uma origem diferente de parentesco. Enquanto a socioafetiva tem origem no afeto, a biológica se origina no vínculo sanguíneo. Assim sendo, não podemos esquecer que é plenamente possível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não é por isso que uma irá prevalecer sobre a outra; pelo contrário, elas devem coexistir em razão de serem distintas (p. 252).

Debe dejarse sentado que no tiene reconocimiento expreso en la legislación brasileña la filiación socioafectiva; aunque, su doctrina la admite tácitamente referenciada en el concepto de parentesco, cuando en el artículo 1.593 del Código Civil de 2002 se alude a que el parentesco civil puede tener “otro origen”: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

De Carvalho (2017) expone que la parentalidad socioafectiva considera los vínculos afectivos y sociales entre los parientes no biológicos. De acuerdo a ello, expone que:

A parentalidade socioafetiva não se limita, entretanto, á posse do estado do filho, sendo esta apenas uma das suas espécies, configurando-se também na adoção, na reprodução medicamente assistida heteróloga e até mesmo na *adoção á brasileira*, quando uma pessoa, impulsionada pelo afeto registra e cria filho biológico de outrem como seu, incluindo, todos, no parentesco de outra origem que não a biológica (art. 1.593 do CC) (p. 531).

En lo que se refiere a la posesión constante de estado de hijo, el autor citado explica que:

Consiste em criar-se o vínculo de parentesco não pelo sangue ou procriação, mas pelo afeto, pelos cuidados, pelo sentimento paterno-filial, pelo ato de vontade e escolha perlo amor. Vincula-se á filiação e conseqüentemente ao parentesco pela convivência e não biologicamente, constituindo e materializando-se no afeto (De Carvalho, 2017, p. 531).

Como la posesión constante de estado de hijo se manifiesta en el trato recíproco entre quienes actúan como padre e hijo en la realidad, Lóbo (2008) precisa que

para se projetar no direito, especialmente quanto á filiação, a socioafetividade exige a presença dos seguintes elementos: a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade (p. 6).

De acuerdo con ello, el vínculo en la filiación socioafectiva surge, por tanto, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico. En ese sentido, Madaleno (2017) precisa que:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da

convivência, apenas representa um efeito da naturaliza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar.

Em contrapartida, não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou (pp. 498-499).

Brochado y de Lima (2010) constatan la existencia de una dicotomía entre la filiación biológica y la socioafectiva, en tanto que la convivencia crea lazos de afectividad y deja marcas en la construcción de la personalidad del hijo. Resaltan que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas en su vida, independientemente de los lazos consanguíneos. De esta manera, destacan la esencia de la socioafectividad:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, como o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade (p. 173).

Así como la socioafectividad marca la personalidad del hijo para su desenvolvimiento en la sociedad, la multiparentalidad tiene el mismo efecto. Aquí la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos hacen parte de

la trayectoria de vida del hijo, por lo que deben ambas preservarse. Como explica

Días (2017):

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz como a respeito á dignidade e á afetividade.

O direito de uma criança ou adolescente ter retratada em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma (p. 433).

2.2.8.1.2 La multiparentalidad en la jurisprudencia brasileña.

La jurisprudencia brasileña también acoge la multiparentalidad en la filiación. Entre los primeros pronunciamientos, el Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur reconoció la posibilidad de la familia multiparental, al mantener al padre registral de la partida de nacimiento e incluir la paternidad biológica, como consecuencia de la acción de investigación de la paternidad. En su momento sentenció:

Constou na ementa que, em face da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica, não há prevalência na paternidade socioafetiva nem da biológica, o que possibilitou a manutenção do registro com o pai registral e a declaração da paternidade biológica” (TJRS, 2009).

Tartuce (2016) destaca la sentencia inédita de la magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, de la Comarca de Ariquemes del Estado de Rondônia, quien el 13 de marzo de 2012, determinó “o duplo registro da criança, em nome do pai biológico e do pai socioafetivo, diante de pedido de ambos para que a multiparentalidade fosse reconhecida” (p. 433).

Del reconocimiento de la multiparentalidad, la jurisprudencia pasó a aceptar sus alcances en los derechos y deberes de la responsabilidad parental, con gran repercusión en el medio social brasileño. Se señaló que, si la sociedad

postmoderna es pluralista, la familia también y debe serlo para todos los efectos, inclusive alimentarios y sucesorios. En esa línea, en un caso emblemático el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo determinó:

Maternidade socioafetiva - Preservação da Maternidade Biológica - Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família- Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido (TJSP, 2012).

Tartuce (2016) da cuenta que en el año 2013, otras sentencias de primera instancia admiten la multiparentalidad. Es el caso de la sentencia expedida por el magistrado Sérgio Luiz Kreuz, de la Corte de la Infancia y de la Juventud de la Comarca de Cascavel del Estado de Paraná, que determinó la inclusión en el registro del padre socioafectivo para todos los fines, inclusive sucesorios y de alimentos. Señala el magistrado:

Os fatos demonstram que ambos, o pai biológico e o requerente, exercem o papel de pai do adolescente. Excluir um deles da paternidade significaria privar o adolescente da convivência deste, pois certamente haveria um afastamento natural, o que só viria em prejuízo do próprio adolescente. Cabe agora traduzir esses fatos para a realidade jurídica, levando em consideração, em especial, os princípios que orientam o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente, em especial, o do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que a legislação existente é lacunosa em relação a situações como a dos autos, o que, evidentemente, não significa que exista o Direito (p. 434).

El mismo autor refiere que en el año 2014, otras dos sentencias de primera instancia son relevantes:

O primeiro foi pronunciado pela Vara da Família de Sobradinho, no Distrito Federal, atribuindo dupla paternidade, para todos os fins jurídicos, tanto para o pai biológico quanto para o socioafetivo (Processo 2013.06.1.001874-5, j. 06.06.2014). A segunda sentencia é da 15.^a Vara da Família da Capital do Rio de Janeiro, prolatada pela magistrada e

componente do IBDFAM Maria Aglae Vilardo, tendo reconhecido o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva, em seus registros de nascimento (fevereiro de 2014) (Tartuce, 2016, p. 435).

También se informa que la jueza Carine Labres de la Tercera Corte Civil de Santana del Livramento del Estado de Rio Grande del Sur incluyó el nombre del padre biológico en la partida de nacimiento del hijo ya registrado en nombre del compañero de la madre, “mantendo-se a paternidade afetiva e biológica, atentando-se para a multiparentalidade e o afeto como valor jurídico” (IBDFAM, 2014).

En el año 2015, el Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur reconoció la multiparentalidad entre dos madres -que vivían en unión estable y posteriormente se contrajeron matrimonio- y el padre biológico, amigo de ambas.

En la sentencia se expone:

A ausência de lei para regência de novos -e cada vez mais ocorrentes- fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’ (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). (...). Dito isso, a aplicação dos princípios da ‘legalidade’, ‘tipicidade’ e ‘especialidade’, que norteiam os ‘Registros Públicos’ com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3º, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, 6º, CF), ‘objetivos e princípios fundamentais’ decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral e dos princípios do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da ‘multiparentalidade’ com a publicidade decorrente do registro público de nascimento (TJRS, 2015).

En el Estado de Santa Catarina, la magistrada Cristina Paul Cunha Bogó, de la Corte de Familia de la Comarca de Camboriú, autorizó la rectificación del registro civil de un adolescente para incluir al padre biológico, después de la realización de los exámenes genéticos. La magistrada precisó que:

A multiparentalidade surgiu para compatibilizar, de um lado, o rigor da lei e, de outro, o dinamismo da sociedade moderna, viabilizando como isso a anotação dos nomes dos pais biológicos e socioafetivo no assento registral do filho, Mantiveram-se, assim, os fortes vínculos socioafetivos como o padrasto e o vínculo biológico como o pai natural (AASP, 2016).

El 21 de septiembre de 2016, en un pronunciamiento que marcó la tendencia definitiva en esta materia, el Supremo Tribunal Federal resolvió el Recurso Extraordinario 898.060 Santa Catarina (STF R., 2016, p. 4) y estableció, con repercusión general, lo siguiente: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

En los fundamentos jurídicos 13, 14 y 15, el Supremo Tribunal Federal se refirió a la pluriparentalidad, señalando:

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os

princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

Es de destacar el voto del Relator del Ministro Luiz Fux (STF M. , 2016), que sobre la pluriparentalidad expone:

O conceito de pluriparentalidade não é novidade no Direito Comparado. Nos Estados Unidos, onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (dual paternity). No caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848), de 1989, o Tribunal aplicou o conceito para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do art. 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade” (“The presumed father's acceptance of paternal responsibilities, either by intent or 18 default, does not ensure to the benefit of the biological father. (...) The biological father does not escape his support obligations merely because others may share with him the responsibility.”).

Em idêntico sentido, o mesmo Tribunal assentou, no caso *T.D., wife of M.M.M. v. M.M.M.*, de 1999 (730 So. 2d 873), o direito do pai biológico à declaração do vínculo de filiação em relação ao seu filho, ainda que resulte em uma dupla paternidade. Ressalvou-se, contudo, que o genitor biológico perde o direito à declaração da paternidade, mantendo as obrigações de sustento, quando não atender ao melhor interesse da criança, notadamente nos casos de demora desarrazoada em buscar o reconhecimento do status de pai (“a biological father who cannot meet the best-interest-of-the-child standard retains his obligation of support but cannot claim the privilege of parental rights”).

A consolidação jurisprudencial levou à revisão do Código Civil estadual de Louisiana, que a partir de 2005 passou a reconhecer a dupla paternidade nos seus artigos 197 e 198 (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012). Louisiana se tornou, com isso, o primeiro Estado norteamericano a permitir legalmente que um filho tenha dois pais, atribuindo-se a ambos as obrigações inerentes à parentalidade (McGINNIS, Sarah. *You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) the Best Interests of Children*. In: *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, v. 16, issue 2, 2008, pp. 311-334).

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o

reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. Na doutrina brasileira, encontra-se a valiosa conclusão de Maria Berenice Dias, in verbis: “não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. 19 Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) (pp. 17-19).

A partir de esta decisão transcendental, la jurisprudencia brasileña viene emitiendo pronunciamientos sucesivos sobre la multiparentalidad, consolidando nueva teorías y principios en el Derecho de Familia contemporáneo de Brasil. Su doctrina destaca que los juzgados vienen resolviendo situaciones en las que hay consenso entre los padres biológicos y los padres afectivos. “A grande dúvida é saber se o vínculo pode ser imposto pelo magistrado, caso não haja tal acordo. Esse parece ser o grande desafio que envolve a matéria” (Tartuce, 2016, p. 435).

2.2.8.2 La visión argentina de la multiparentalidad

Con ocasión de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), Kemelmajer (2014) destacaba la no regulación de la multiparentalidad, al precisar:

la no recepción de algunos cambios que ya se verifican en la sociedad, pero que aún no tienen consenso; se ha preferido, pues, la política de lo que los italianos llaman *piccoli passi* (pequeños pasos), conscientes de que quizás, en poco tiempo, el Código necesitará otra reforma. Así, por ejemplo, entre muchos otros temas, el artículo 558 del nuevo Código sigue la regla tradicional del Derecho contemporáneo: " ... Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". No se ignora el debate generado en el ámbito legislativo del Estado de California, Estados Unidos, por un proyecto de ley que autoriza a los jueces a reconocer más de dos progenitores a un niño; los fundamentos del proyecto ponen el énfasis en la necesidad de reconocer familias diferentes de aquellas tradicionales... No obstante, se estimó que, en este momento, receptar esa solución puede tener en el sistema jurídico argentino efectos no predecibles (legitimación activa y pasiva en materia de alimentos, reclamaciones sucesorias, cuestiones vinculadas a la custodia, etc.) (pp. 13-14).

Como consecuencia del principio binario de la filiación se precisa, en el artículo 578° del Código Civil y Comercial de la Nación (2014), que: "Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación".

Resulta importante destacar que, en la legislación argentina, en el artículo 558° que refiere el principio binario de la filiación no se alude a tener una madre y un padre, sino a dos vínculos filiales.

El arduo debate que trajo aparejada la ley 26.618 al campo del derecho filial ha estado marcado, precisamente, por la irrelevancia del tipo filial que debía tener esa máxima de doble vínculo filial. De este modo, después de la ley 26.618 perdió interés jurídico -y simbólico- que un niño deba tener una madre y un padre, es decir, que su vínculo filial deba estar centrado en la determinación de la maternidad y de la paternidad (sea matrimonial o extramatrimonial). Así, desde fines de julio de 2010, el ordenamiento jurídico reconoce que un niño pueda tener doble vínculo materno (la gran

mayoría de las veces, supuestos de TRHA en el marco de un matrimonio integrado por dos mujeres) o doble vínculo paterno (por supuestos de gestación por sustitución realizada en el extranjero o también por la adopción conjunta de un matrimonio conformado por dos hombres). Pero más allá de esta flexibilidad en el tipo (materno/paterno) filial, lo cierto es que el régimen vigente mantiene el principio de doble vínculo. En ese sentido, un niño puede tener un vínculo filial o, como máximo, dos vínculos filiales (Herrera y Lamm, 2014, p. 722).

No obstante, Herrera y Lamm (2014) admiten que el artículo 558° del Código Civil y Comercial de la Nación “no impide que se establezca un régimen de comunicación o que se fije alimentos respecto de una tercera persona diferente de aquella con la que el niño tiene vínculo legal de filiación”. Vale decir, “la falta de vínculo filial no descarta la existencia de otros lazos que ameriten o justifiquen el establecimiento de estos derechos y obligaciones”. Esos otros lazos “son los que surgen de la socioafectividad que marcaría el camino para ampliar vínculos jurídicos a determinados derechos o de manera más compleja, a reconocer más de dos filiaciones” (p. 453).

De acuerdo con esto último, la multiparentalidad ya venía siendo admitida por la doctrina argentina para la determinación de la responsabilidad parental en los casos de la familia ensamblada y la preservación de los lazos familiares originarios en la adopción; teniendo su expreso correlato en el Código Civil y Comercial argentino.

2.2.8.2.1 La multiparentalidad en la doctrina argentina.

El principio binario de la filiación ha incidido negativamente en el reconocimiento de la multiparentalidad en la familia ensamblada. Ello debido a que se considera que la responsabilidad parental solo puede ser realizada adecuadamente por los progenitores del hijo, por quienes lo han procreado, por quienes tienen con el hijo un vínculo biológico. De esto se deriva la idea aceptada

comúnmente sobre la visión negativa hacia el padrastro o madrastra para el ejercicio de la responsabilidad parental respecto del hijastro, que los cuentos infantiles han contribuido a su permanencia en la percepción social.

Una de las dificultades serias que deben afrontar las familias ensambladas es el estereotipo que presenta al padrastro/madrastra como seres indeseables y hasta, a veces, crueles... La figura del padrastro suscita desconfianza y resquemores pues no poseería el amor filial que se supone existe para con el hijo propio y que lo llevaría a imponer sus mandatos y autoridad, sin la moderación característica de una relación afectiva. Al mismo tiempo, históricamente, los padrastros representaban una amenaza de orden económico en cuanto ponían en peligro la transmisión de los bienes a los hijos del primer matrimonio. De ahí proviene, en gran medida, el rechazo de las segundas nupcias y la protección de los hijos del primer casamiento consagrados en antecedentes legales ya fenecidos en muchos países. El recelo se acentúa en el caso de la madrastra pues ella carecería del “instinto maternal” que asegura por la naturaleza el amor que la madre tiene hacia su vástago (Grosman y Martínez, 2000, pp. 40-41).

Sin embargo, el reconocimiento de las transiciones familiares en las que un hijo puede encontrarse evidencia que el lazo biológico en el rol de cuidado del hijo es un rasgo cultural y no forma parte de la esencia de la responsabilidad parental.

Es necesario tener presente que los variados tramos de la organización del espacio íntimo pueden constituir secuencias del ciclo vital familiar de una misma persona. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia y luego vuelve a contraer un nuevo matrimonio ha experimentado el modelo de familia nuclear intacta, luego la forma de hogar monoparental, más tarde la familia ensamblada y, finalmente, al fallecer el cónyuge, de nuevo transita por la monoparentalidad originada en la viudez. Es lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares” que expresa una concepción dinámica y longitudinal de la familia. Estas trayectorias familiares varían según la edad, sexo y condición social de los protagonistas, pues existe una mayor o menor posibilidad de conformar nuevas uniones según las variables sociológicas mencionadas (Grosman y Martínez, 2000, p. 32).

De esta manera, se comprendió que el parentesco de afinidad que surge entre el cónyuge y el hijo del otro consorte es un verdadero vínculo familiar;

sobreponiéndose al tratamiento legal tradicional por el que se le reconoce para prohibiciones, restricciones o limitaciones de derechos. Es claro, por tanto, que como verdadero vínculo familiar genera derechos; siendo uno de ellos, la responsabilidad parental basada en la afectividad.

Hoy en día no podemos mantener esta noción estrecha del parentesco. Si otrora el lazo de sangre aparecía como la nota definitoria sustancial de “pariente”, porque la familia se erigía en institución destinada a la transmisión de patrimonios, actualmente el contenido socio-afectivo amplifica la noción de relación familiar. El parentesco por afinidad entre un cónyuge y los hijos del otro esposo puede arrogarse legítimamente el título de vínculo familiar pleno, sin que se justifique relegarlo a un lazo subalterno sin relevancia social (Grosman y Martínez, 2000, p. 146).

Por eso, se sostiene que la parentalidad como construcción social, gira en torno a dos aspectos:

Por un lado, la ley afirma el principio de verdad biológica; lo que significa que el niño debe conocer a sus padres, en la medida de lo posible. Pero al mismo tiempo, en el otro, se ve como prioritaria la definición social de parentalidad, según la cual el padre también es quien realmente realiza esta función (Grosman y Martínez, 2000, p. 166).

Siendo así, la multiparentalidad en la familia ensamblada importa considerar al padre o madre biológica y al padre o madre afín en contextos de complementariedad en el ejercicio de la responsabilidad parental. De esta manera, “se aspira a dar un estatuto más relevante a la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro, pero sin afectar los derechos y responsabilidades de los padres” (Grosman, 2014, p. 228). Así, en el artículo 673° del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) se precisa:

Artículo 673. Deberes del progenitor afín

El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no

afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental. (p. 120).

En esta disposición se aprecia que la responsabilidad parental se ordena dentro de un esquema de complementariedad, en el que los roles paternos y maternos son compartidos.

El hecho de que en la familia ensamblada converjan situaciones en las cuales se compartan actividades que integran la parentalidad, esencialmente referidas al cuidado del niño o adolescente, conduce a suprimir el paradigma de la exclusividad en la función parental (Grosman y Martínez, 2000, p. 176).

Dentro de este marco, la participación del cónyuge o conviviente de uno de los progenitores no busca reemplazar, sino sumar en las labores de cuidados personales. Ello es así, desde que se dispone expresamente que esta complementariedad no lesiona los derechos de los progenitores.

Adicionalmente, de esta disposición se infiere el concepto de familia ensamblada en la legislación argentina:

Comprende tanto al núcleo integrado por el progenitor que tiene a su cargo el cuidado de sus hijos de un vínculo anterior que vuelve a formar una nueva pareja, como al conformado por el progenitor que no convive con sus hijos (Grosman, 2014, p. 220).

De otro lado, se admite el acuerdo de voluntades con homologación judicial para el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor no conviviente con el hijo. Así, se dispone:

Artículo 675. Ejercicio conjunto con el progenitor afín
En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la

capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, p. 120).

Esta disposición, “posiciona [al padre afín] en un lugar de mayor participación en la vida del niño y no sólo como un colaborador y apoyo en su crianza” (Grosman, 2014, pp. 268-269). En consideración a los supuestos en que esto ocurre, que están referidos a situaciones en que no puede ejercer la responsabilidad parental el progenitor no conviviente con el hijo, la participación del cónyuge o conviviente se rige bajo un criterio de suplencia.

Finalmente, en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) se reconoce, desde una perspectiva subsidiaria, la obligación alimentaria del padre afín a favor del hijo afín. Así, se dispone:

Artículo 676. Alimentos

La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia (p. 120).

La subsidiariedad significa que esta obligación “solo tiene vigencia a falta de parientes consanguíneos o cuando éstos no tienen recursos” (Grosman, 2014, p. 272). Sin embargo, esta subsidiariedad resulta discutible en tanto que, durante la convivencia, el padre afín aportará ordinariamente para el sustento de su hijo afín como también para su hijo biológico, sin distinción, “ya que entre todos integran una familia, por lo que su obligación subsidiaria se tornaría primaria y tendría como base la convivencia con el niño” (Grosman, 2014, p. 273).

Con relación a la adopción y considerando las dos facetas de la identidad filiatoria, se señala que “en la adopción todo lo referido a la familia de origen se encontraría referido a la faz estática y lo relativo a la familia adoptiva, a la identidad en su faz dinámica o cultural” (Herrera, 2014, p. 50).

El Código Civil y Comercial de la Nación (2014), en su artículo 596°, primer párrafo, reconoce expresamente el derecho del adoptado “a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos” (p. 106); como un derecho autónomo de la identidad.

De otro lado y a pesar de que en el artículo 620° del citado Código sustantivo se precisa que la adopción plena extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción para los impedimentos matrimoniales, se admite que ello compromete el derecho a la identidad del adoptado con su familia originaria; lo que no se satisface con el derecho a conocer los orígenes, pues aquél es mucho más amplio en cuanto a su contenido que éste. A partir de esta distinción, se regula el derecho a preservar las relaciones familiares de origen, que conjuntamente a las relaciones familiares derivadas de la adopción, da lugar a situaciones de multiparentalidad:

Artículo 621. Facultades judiciales

El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, p. 111).

Se señala que es el derecho a preservar la identidad, incluidas las relaciones familiares, a que se refiere el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), lo que “ha motivado un revisionismo respecto del alcance que cabe conferir a la adopción plena en nuestro país respecto de la conservación o extinción de los vínculos biológicos-genéticos” (González de Vicel, 2014, p. 548). Es que la identidad se conforma y se construye por la trayectoria de vida pasada y presente, aspectos que convergen invariablemente en el desarrollo de la persona. De acuerdo con ello, se sostiene:

En punto a la aniquilación de todo resquicio que remita a la familia originaria, históricamente se sostuvo el mantenimiento del reconocimiento de esa situación en supuestos relacionados con los impedimentos matrimoniales, por el interés social en la prevención del incesto. A esta altura de la evolución de los derechos humanos, no puede negarse el interés social en reconocer, proteger y garantizar el derecho a la identidad de la persona, cuyo soporte axiológico reposa en la dignidad del ser humano, de modo tal que la flexibilización en los efectos de los tipos adoptivos tiene absoluto soporte constitucional, siempre en beneficio de su principal protagonista: el hijo adoptivo. ... La verdadera innovación en esta disposición legal reside en el hecho simple y profundo de permitir que se generen vínculos jurídicos con la familia biológica de los adoptantes, y a la vez se conserven algunos con los parientes de origen; sin que por eso se establezcan más obligaciones ni derechos que las que el tipo adoptivo impone como efectos. Es decir, sumar y no restar (González de Vicel, 2014, pp. 549-550).

En estos casos se está ante un contexto en el que se debe resguardar y mantener el “triángulo afectivo” en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso para el hijo. Como explica. Bossert (2009), refiriéndose a la situación del adoptado frente a sus padres biológicos y padres adoptantes:

Por cierto, el mantenimiento del “triángulo afectivo”, a que he hecho referencia, procede cuando no hay circunstancias que demuestren que resultaría perjudicial para el menor, como, por ejemplo, la pretensión de revinculación con éste que formula el progenitor que lo abandonó y se desentendió de él sin razones justificantes y desarrolla una vida de vicios o delitos.

Es decir, a la fórmula jurídica amplia, realista, de carácter humano, de mantenimiento de trato con la familia biológica, también debe aplicársele

el principio del interés superior del menor y los tribunales evaluarán con realismo y no con abstracciones y fórmulas dogmáticas el posible daño que la presencia del progenitor biológico podría causar en la formación y el espíritu del niño que crece y se educa en el hogar de quienes él considera sus padres

En definitiva, en este difícil tema de los afectos cruzados por el niño que invocan guardadores y padres biológicos, la jurisprudencia se orienta por soluciones humanas, realistas, que, preservando los nobles sentimientos, tienden a colocar, por sobre toda afirmación dogmática, lo que es mejor para el menor (p. 91).

Por último, un cambio trascendental que se incorpora en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) es el referido a la posibilidad de que el adoptado pueda impulsar la reclamación de su filiación biológica o que el progenitor reconozca la filiación de origen del adoptado, después de concedida la adopción y sólo en el caso que éste careciera de emplazamiento filial previo a la adopción plena. Así, se precisa:

Artículo 624. Irrevocabilidad. Otros efectos

La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción. (p. 111).

González de Vicel (2014) expone que, sin perjuicio de los efectos de la adopción plena que resulta inmodificable,

el adoptado conserva el derecho para interponer acciones de filiación tendientes a determinar su origen biológico respecto de determinadas personas, y también a ser reconocido por ella/s. Como consecuencia de esas acciones, eventualmente, nacerán derechos sucesorios y alimentarios a su favor, que no son recíprocos para el progenitor.

Agrega que, “la razón de ser de este artículo parte de un presupuesto fáctico determinado: la ausencia del emplazamiento filial anterior, y con la finalidad de mejorar el posicionamiento del hijo en lo personal y en lo patrimonial (pp. 591-592).

2.2.8.2.2 La multiparentalidad en la jurisprudencia argentina.

Famá (2011) da cuenta de un pronunciamiento anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial argentino, que contiene “una adecuada disociación entre el emplazamiento filial desde la perspectiva biológica y los vínculos afectivos que deben ponderarse a favor de quienes han mantenido un trato de padre e hijo consolidado con el tiempo” (pp. 649-650), en clara referencia a los alcances de la multiparentalidad. Se trata de un fallo de la Cámara Civil, Comercial y de Garantías Penal de Zárate, de fecha 8 de agosto de 2006, por el cual se confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundada la demanda de desplazamiento de la paternidad requerido por inexistencia del vínculo biológico y dispuso fijar un régimen de comunicación a favor del reconociente y la niña a partir de un pedido formulado por el Ministerio Público.

Para así decidir, si bien se consideró a favor del desplazamiento que descartaba la filiación por adopción “la única forma posible de acceder al vínculo filial es la llamada filiación por naturaleza que menciona el art. 240” y que el derecho a la identidad “implica necesariamente el derecho a conocer su propia realidad biológica”, se puso de resalto que pese a lo dispuesto por el art. 376 bis, CCiv., los parientes o terceros podrán requerir un régimen de comunicación oponiendo un interés legítimo en obtenerlo, “aunque se trate de personas entre las cuales no existen obligación alimentaria y siempre que la petición coincida con el interés de los sujetos a visitar. ...La visita puede ser autorizada si los representantes legales de los menores o incapaces la impidieren sin razón justificada. ...Así entonces, siguiendo esta línea de interpretación, concluyo que el art. 376 bis, CCiv., permite fijar régimen de visitas a favor de allegados que razonablemente justifiquen un interés afectivo legítimo, en la medida que ello sea favorable para el sano desarrollo espiritual del niño. Por lo tanto, estimo conveniente mantener el régimen de visitas fijado a favor de D. H. Y., ello así pues, ...el propio actor reconoce el vínculo afectivo que lo une al demandado con la niña, además del aporte a sus necesidades”. En consecuencia, se concluyó que resulta “razonable interpretar -al menos en este momento- que su comunicación con la niña es algo que favorece a su crecimiento, pronta recuperación de sus afecciones y que suma a un tránsito más feliz por su infancia...”.

Bladillo (2019) destaca que “el fenómeno de la pluriparentalidad viene a poner en crisis una máxima del Derecho filial muy arraigada en la tradición jurídica; esto es la regla binaria por la cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales”; por lo que,

lejos de atrasar el debate al mantener la regla binaria... es lo que hoy nos permite estar discutiendo la pluriparentalidad. ¿Cómo hubiese sido posible hablar de pluriparentalidad sin reconocer a la voluntad procreacional como fuente de filiación? ¿Cómo hubiese sido posible hablar de pluriparentalidad sin reconocer derechos a miembros de la familia basados en la socioafectividad, como es el progenitor afín en las familias ensambladas; o la adopción de integración a la pareja no solo matrimonial sino convivencial del progenitor de un niño/a?

La autora citada deja sentado su definición de pluriparentalidad:

¿A qué nos referimos cuando hablamos de pluriparentalidad? La pluriparentalidad alude a la posibilidad de que un niño/a puede tener más de dos vínculos filiales, a partir del deseo o la voluntad de tres o más personas adultas de desempeñar roles de cuidado, asistencia y crianza respecto de ellos/as. A su vez, las familias pluriparentales pueden conformarse de manera originaria –previo al nacimiento del niño existen tres o más personas que quieren ser eventualmente tenidas como progenitores–, o derivada –el proyecto de raíz monoparental o biparental se vuelve triple o múltiple tras el nacimiento del niño–. A su vez, los adultos pueden o no estar vinculados por una relación afectiva entre ellos (pp. 137-138).

Luego, da cuenta de los seis casos de pluriparentalidad, “más específicamente de triple filiación”, que han sido objeto de pronunciamiento por autoridades administrativas y judiciales; identificando sus particularidades:

Dentro de los casos mencionados podemos identificar algunas aristas: uno de ellos tiene como causa fuente de filiación una adopción y los cinco restantes la filiación es derivada de TRHA; dos de ellos instaron su reclamo y fueron resueltos en sede administrativa (Registro Civil) y cuatro en el ámbito judicial; cuatro casos obtuvieron resolución respecto a la determinación de vínculos filiales y dos fueron hasta al momento planteados en relación al juez competente en este tipo de acciones. Un dato no menor: todos los casos han sido resueltos a favor del reconocimiento de la triple filiación (Bladillo, 2019, p. 145).

El siguiente cuadro elaborado por la citada autora, presenta de modo resumido los referidos casos y permite apreciar las particularidades de cada uno de ellos:

Tabla 1

Identificación de datos relevantes de los casos de pluriparentalidad que han llegado a conocimiento del Poder Ejecutivo y Judicial de Argentina

Tribunal	Conformación familiar	Tipología	Marco de la acción
1. Registro Civil Prov. BA., 22/04/2015 ¹⁵ .	Pareja de mujeres casadas + un amigo gay TRHA Vínculo no determinado: el padre	Originaria	Reconocimiento paterno vía administrativa
2. Registro Civil C.A.B.A., 13/07/2015 ¹⁶ .	Pareja de mujeres casadas + un amigo gay TRHA práctica casera Vínculo no determinado: el padre	Originaria	Reconocimiento paterno vía administrativa
3. Juz. Flia. N°4 La Plata, 20/02/2017 y auto ampliatorio 06/03/2017 ¹⁷ .	Familia ensamblada heterosexual Doble fuente filial: niña nacida por naturaleza + Adopción de integración	Derivada	Adopción de integración. No aplicación del art. 558
4. Juz. CAyT, 07/07/2017 ¹⁸ .	Pareja de mujeres + amigo gay TRHA Vínculo no determinado: La co-madre, no gestante ni aportante de gametos	Originaria	Amparo contra el Registro Civil Competencia Apelado por Fiscal
5. CSJN, 31/10/2017 ¹⁹ .	Pareja de dos hombres + amiga lesbiana Vínculo no determinado: el co-padre no aportante de gametos TRHA casera	Originaria	Amparo contra el Registro Civil – Competencia del fuero CIVIL
6. Juz. Flia. N°2 Mar del Plata, 24/11/2017 ²⁰ .	Pareja de hombres + amiga hetero TRHA Vínculo no determinado: co-padres	Originaria	Acción innominada Inconstitucionalidad del art. 558 Sentencia no firme

Fuente: (Bladilo, 2019, p. 145)

Siendo estos los casos generados por la jurisprudencia administrativa y judicial argentina y en consideración a la falta de regulación de la multiparentalidad en el Código Civil y Comercial argentino, se estima importante destacar los supuestos fácticos de la controversia y los argumentos jurídicos en la solución de cada uno de ellos. Ello mostrará los perfiles por los que se proyecta el desarrollo de la multiparentalidad. Al efecto, seguimos a la autora citada.

Así, da cuenta que los primeros dos casos se generaron bajo la vigencia del Código Civil argentino derogado, que no contemplaba regulación alguna sobre la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. Ambos casos fueron atendidos y resueltos favorablemente por una entidad administrativa: el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas -a pesar

de lo plausible de estas decisiones, han sido criticadas, entre otras razones, por considerarse que su conocimiento es de competencia del Poder Judicial y no de un órgano administrativo-; siendo similar la situación fáctica de los dos:

se trata de una pareja de mujeres casadas que, junto con un amigo de la pareja, quien también desde el inicio tenía la voluntad de desempeñar roles parentales respecto del niño/a que naciera, recurren a TRHA. De la lectura de uno de ellos surge que se trató de una práctica casera, es decir sin intervención del centro médico, espacio en el cual se formaliza la voluntad procreacional a través de la firma del consentimiento informado. Producido el nacimiento del niño, la filiación queda determinada a favor de las dos madres: una de ellas por ser quien da a luz y la otra por aplicación de la presunción de filiación matrimonial. Tiempo después se presentan los tres adultos en sede administrativa reclamando el reconocimiento legal de la filiación respecto del hombre, que además había aportado su material genético (Bladilo, 2019, p. 146).

El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, tanto de la provincia de Buenos Aires como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ampararon la petición y ordenaron la inscripción de la triple filiación en la partida de nacimiento de los niños. ¿Cuáles fueron los fundamentos de estas decisiones? La autora los expone con sus comentarios:

- Si bien se advierte que el código civil vigente al momento de resolver solo receptaba a la filiación por naturaleza y a la adopción como causa fuente de filiación, no pasa inadvertido que el CCyC recientemente sancionado no vigente a ese momento incorpora a las TRHA como causa fuente filial autónoma:

«Ahora bien las personas que por imposibilidad biológica se someten a técnicas de reproducción asistida para procrear, requieren que se les reconozca o admita un parentesco no construido en bases biológicas, y que privilegie su carácter volitivo y social. (...) el reciente sancionado Código Civil y Comercial reconoce como factor o título de atribución de la filiación la que se ha denominado “voluntad procreacional”, entendida como el deseo o intención de crear una nueva vida y asumir las responsabilidades, derechos y obligaciones emergentes de la relación filial. Los derechos referidos al hijo deben ser garantizados por el Estado y este no debe verse condicionado por las circunstancias en que el niño es concebido».

- La vinculación genética: «[e]l estado de familia integra uno de los múltiples aspectos del derecho a identidad de las personas y el caso, operaría una ampliación de derechos hacia el niño en ese sentido, por cuanto en el plan parental llevado a cabo por las peticionantes y con la

participación de un tercero, se garantizaría el goce del estado de familia derivado de un vínculo genético-biológico». En realidad, ambos son casos de TRHA no de filiación biológica, pero dada la ausencia de regulación de estas, era necesario recurrir nuevamente al elemento biológico para fundar la determinación de la filiación.

- La inexistencia de impedimento legal: «[e]l instituto del reconocimiento, regulado por el art. 250 del Código Civil que en su parte pertinente expresa: "... No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida...". Particularmente, el menor cuenta con doble filiación materna y es el señor el que pretende ejercer este derecho (...) La legislación civil no establece un numerus clausus respecto a la cantidad de integrantes en un vínculo filial, aunque de por sentado su conformación por solo dos personas, pero de un análisis armónico de la normativa integral no surge expresamente la prohibición de una triple filiación como en el supuesto tratado», toda vez que, «no se desplaza ni contradice una filiación anterior sino por el contrario se incorpora la figura paterna que cuenta con la expresa aceptación de las cónyuges». Dos consideraciones: por un lado, tal afirmación resulta equivocada, toda vez que como ya vimos el régimen anterior sí contenía la regla del doble vínculo filial que se observaba como consecuencia de la regulación de las acciones de filiación –era necesario desplazar una filiación anteriormente establecida para emplazar una nueva–. Por otro lado, la peligrosa interpretación de que se está agregando la figura paterna, dándose a entender que todo niño/a requiere de una madre y un padre, tirando por la borda los enormes esfuerzos y conquistas de las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de sus derechos a formar una familia con hijos y la desvinculación de biología y paternidad como única y preferente forma de construir vínculos filiales.

- La obligación de impedir desgastes jurisdiccionales «sabiendo que la situación dará lugar al recurso judicial que podría llegar a configurar perjuicios para el Fisco y las partes, como serían las erogaciones innecesarias de la imposición de costas». Este argumento no merece análisis alguno, ya que se derrumba por su propio peso (Bladilo, 2019, p. 147).

En relación con el tercer caso, señala la autora que el Juzgado de Familia

Nº4 de La Plata se pronuncia por la triple filiación en un caso de adopción:

Se trata de un supuesto de pluriparentalidad derivada ya que la niña fue concebida de manera natural por sus progenitores en el marco de una pareja heterosexual –que tiempo después se separa– y luego deviene como reconocimiento legal de su realidad la adopción de integración del nuevo marido de la madre. En lo que respecta al progenitor no conviviente de la niña, este se encuentra en una unidad penitenciaria desde el año 2010 cumpliendo una condena privativa de la libertad de aproximadamente nueve años, pero manteniendo una fluida comunicación con su hija. Tal es así, que el progenitor no conviviente no se opone al pedido del cónyuge de la madre de la niña, quien además de

solicitar la adopción manifiesta expresamente la voluntad de no afectar el vínculo jurídico de la niña con su progenitor no conviviente, así como tampoco, los derechos y deberes inherentes a este vínculo jurídico. Con la conformidad del Fiscal y la Asesora de Menores, el Juzgado hace lugar a la adopción de integración entre el progenitor afín y la niña «creando entre estos el vínculo jurídico de filiación adoptiva de integración simple, con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción». Ahora bien, hasta el momento nada se dice sobre la triple filiación, lo que motivó la solicitud de aclaratoria del adoptante «toda vez que el estado filiatorio de la menor de autos quedaría conformado por una triple filiación, es decir, por su madre biológica, la Sra. S.N., su padre biológico, el Sr. A.O.V. y quien suscribe, su padre adoptivo; solicito se aclare la sentencia aludida indicándose la inscripción en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires (...) debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acta sus tres progenitores». En ese momento las autoridades judiciales advierten los efectos legales de lo resuelto en el caso; la Defensora de Menores apela al advertir la incompatibilidad de la decisión con la regla binaria del art. 558 del CCyC. Sin embargo, en virtud de la audiencia celebrada a pedido del fiscal para escuchar a la niña, desiste del recurso interpuesto, fundamentando «que en tanto el padre biológico como el adoptante tiene una presencia afectiva muy fuerte sobre [I.V.], este Ministerio debe tener en consideración lo estatuido en el art. 3 CDN y a realizar un juego armónico de los art. 2, 621, 630 y 631 como excepción a lo normado en el art. 558 in fine del CCyC». Finalmente, se dicta sentencia en la cual se dispone librar «oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña (...) y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los (...) debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación» (Bladillo, 2019, p. 148).

Sobre los dos siguientes casos, Bladillo (2019) señala que no han sido resueltos en cuanto al fondo, pues han generado contiendas de competencia entre dos órganos jurisdiccionales: uno contencioso administrativo-tributario y otro civil; lo que ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor del Juzgado Civil. Ahora corresponde que los jueces se pronuncien, debiéndose destacar que:

Si bien ambos casos encierran supuestos de TRHA, las plataformas fácticas son distintas. En el caso del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario –actualmente apelado por el Fiscal– se trata de una pareja de dos mujeres con un amigo gay; mientras que en el caso ya resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación estamos frente a una pareja de dos hombres con una amiga lesbiana. En ambos, el vínculo que se solicita determinar es con aquel adulto que no ha aportado su material genético (pp. 149-150).

Con relación al último caso, Bladillo (2019) lo destaca por haber tenido que declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial argentino para resolver la controversia:

El caso resuelto por el Juzgado de Mar del Plata ostenta un enorme valor, toda vez que es la primera sentencia que declara la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyC. La plataforma fáctica es la siguiente: La Sra. M.F.C. junto a su mejor amigo, el Sr. J.C., y la pareja de este, el Sr. C.S.S., deciden tener un hijo los tres juntos; mediante la inseminación intrauterina del esperma del Sr. C.S.S. en la Sra. M.F.C., quien además aportaría el óvulo. Todas las partes suscribieron y protocolizaron el consentimiento informado de conformidad con lo que prescriben los arts. 56022 y 56123 del CCyC donde consta la voluntad de llevar adelante el proyecto pluriparental. El conflicto aparece al momento de la inscripción, ya que por más que todos suscribieron los consentimientos requeridos para las TRHA, el art. 558 no permite determinar más de dos vínculos filiales. La mujer prima facie no tendría mayores dificultades ya que al haber sido quien dio a luz a la niña, tal como lo señala el art. 562 del CCyC, la filiación queda determinada respecto de ella. Pero, y en relación a los padres, ¿Se debe elegir alguno de ellos? ¿Sobre la base de qué criterio se realizaría tal elección? ¿Cuál es el valor de los consentimientos informados suscriptos conforme lo exige la ley? ¿Qué resuelve la jueza? Como se anticipó, declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyC y emplazar a los Sres. J.C. y C.S.S. como padres de la niña. ¿Sobre la base de qué argumentos? Principalmente señala la importancia del reconocimiento de la autonomía voluntad y la socioafectividad en este tipo de conformaciones familiares al destacar que: «Las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y socioafectividad. La primera refiere al acto volitivo, decisonal y autónomo encaminado por el deseo de ser progenitor, causa fuente de la filiación por TRHA, mientras que la segunda alude a la conjunción de lo social y lo afectivo, la cual emerge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales». Y en relación con el caso concreto, «se los observa emocionalmente comprometidos en su rol parental; poseen capacidad reflexiva al momento de plantearse las repercusiones que pueda tener para la vida de la niña las decisiones de los adultos referentes; esta capacidad parental se evidencia presente en las tres personas entrevistadas. (...) En cuanto a la niña, el presente diseño familiar, al momento resulta favorecedor de su crecimiento (...) se observa interacción afectiva con sus padres (...) A. crece en un entorno pensado para su existencia, en el marco de un proyecto familiar en el que ocupa un lugar como hija». Al referirse a la limitación del art. 558 del CCyC entiende que «resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial». A lo que agrega que «la

finalidad del art. 558 in fine es la protección del donante que no posee voluntad procreacional a ser demandado por filiación. Situación que no se da en el caso en estudio. Por ende, dicha normativa no resulta aplicable al caso debiendo en consecuencia declarar su inconstitucionalidad para el presente juicio» (p. 151).

Un caso de reciente data es el resuelto por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación – Centro Judicial Monteros del Poder Judicial de Tucumán (JUICIO: L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE N°659/17) (SAIJ, 2020). En la sentencia N°11 del 7 de febrero de 2020, la magistrada Mariana Josefina Rey Galindo expone en el epígrafe lo trascendental del caso a resolver:

Antes de pasar a desarrollar cada punto que dijera en el primer párrafo - alejándome de todo formato rígido y tradicional que tenemos los jueces y las juezas para escribir los fallos, sin que tales formas hoy merezcan tanto valor- me permito citar una reflexión del libro El Principito, que enseña: “Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón”. Y es que para poder dar una solución jurídica a este caso –pues a decir verdad [el caso] ya está resuelto por la vida misma y mucho antes de esta sentencia- no solo tuvimos que mirar más allá de la apariencia, sino también tuvimos que deshacernos de nuestros prejuicios y estereotipos para conectar realmente con las personas que participan en esta historia. Especialmente con Juli de 9 años, que es no solo la protagonista sino quien conquistara la solución.

En definitiva, es la niña la que mostró qué era -y sigue siendo- “lo esencial de este caso” [como El Principito], y al mismo tiempo exige [al Estado] echar una mirada a su vida con todos los sentidos”.

Se trata de un proceso instado por el padre biológico (Roberto L.) que impugna la paternidad de quien figura como padre (Jorge S.) en el acta de nacimiento de una niña de 9 años (Juli S.). En la referida sentencia, se resume la entrevista sostenida por la magistrada con la menor, en los términos siguientes:

Juli contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos (2) papás: Jorge y Roberto. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá Jorge, otra hermana por parte del papá Roberto, más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo

con Jorge (a quien llama “papito”) y parte del tiempo con Roberto (a quien llama “papá”). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le “habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo” (sic). Continúa diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose Juli S.

De acuerdo con lo expresado por la niña y tomando en cuenta los informes psicológicos y sociales, la magistrada -refiriéndose al principio del interés superior del niño- señala que:

Habiendo esbozado el concepto, considero que en el caso concreto de Juli, su mejor interés se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de Juli “filiarse” como hija de Jorge por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de Roberto por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla; c) proteger la familia de Juli en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos-biológico-afectivos que los ubica en esa (su) relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y en consecuencia vulnerar los estándares convencionales dominantes.

Al efecto, reconociendo que las facetas biológica y dinámica de la identidad filiatoria no son excluyentes en este caso, la magistrada señala que no corresponde aplicar el principio binario contemplado en el artículo 558 del Código Civil y Comercial argentino -que lo declara inconstitucional- “y como efecto de eso, excluir a cualquiera de los padres en la inscripción de la hija, sería simplemente contrario a la justicia (en tanto valor), a la razón, y al derecho (Constitucional y Convencional)”.

Finaliza la magistrada, refiriéndose a los efectos de la multiparentalidad, que “los niños que cuentan con más de dos progenitores” deben recibir el mismo tratamiento ante la ley bajo el principio de igualdad y no discriminación; y, si bien expone “la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva para Juli

ante la coexistencia y preexistencia de más de dos vínculos parentales en la constitución natural y originaria de su familia”, sólo alude al nombre y filiación, ordenando la conservación del apellido S., la no inclusión del apellido L. y el registro en el acta de nacimiento la triple filiación.

Los casos expuestos revelan que la multiparentalidad está presente en la sociedad argentina y que la respuesta que se viene dando a estos casos es favorable en tanto se constata que es acorde al interés superior del niño de la situación en concreto. Asimismo, permite señalar que la multiparentalidad puede surgir en la filiación por naturaleza, adopción y las técnicas de reproducción humana asistida. Al considerar ello, se pueden vislumbrar

cuáles son los posibles conflictos o problemas que podrían derivar de la falta de reconocimiento legal, cómo impacta en el ejercicio de la responsabilidad parental o en el derecho sucesorio. Interrogantes, cuyas respuestas serán hábiles para regular y así proteger los intereses de sus miembros, sobre todo del niño/a, a quien el Estado debe procurarle especial atención a su interés superior (Bladilo, 2019, p. 156).

2.3 Definición de términos

Parentalidad: “Es una construcción social que gira alrededor de dos polos. Por una parte, la instancia legal afirma el principio de la verdad biológica. El niño debe conocer a sus padres en la medida de lo posible, tiene derecho a saber su origen, pensándose que la construcción de su sentimiento de identidad se vulnera sin este conocimiento (arts. 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño). Empero al mismo tiempo, en el otro polo se da primacía a una definición social de la parentalidad, según la cual el verdadero padre es aquel que se ocupa efectivamente de la función”. (Grosman y Martínez, 2000, p. 166).

Principio binario de la filiación: “Máxima del Derecho filial muy arraigada en la tradición jurídica conforme a la cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales”. (Bladilo, 2019, p. 138).

Principio de afectividad: “Es el principio que subyace al derecho de familia en la estabilidad de las relaciones socioafectivas y en la comunión de vida, con primacía frente a consideraciones patrimoniales o biológicas. Recibió un gran impulso de los valores consagrados en la Constitución [brasileña] de 1988 y resultó de la evolución de la familia brasileña en las últimas décadas del siglo XX. [...] Es el salto adelante de la persona humana en las relaciones familiares [...] la Constitución brasileña y el derecho de familia están integrados por la omnipresencia de dos principios fundamentales y estructurantes: la dignidad de la persona humana y la solidaridad. [...] El macro principio de solidaridad trasciende los principios generales del derecho de familia, sin los cuales no tendrían el color que los resalta, a saber: el principio de convivencia familiar, el principio de afectividad, el principio del interés superior del niño”. (Lóbo, 2008, p. 80).

Poseión constante de estado de hijo: “Consiste en crear el vínculo de parentesco no a través de la sangre o la procreación, sino a través del afecto, el cuidado, el sentimiento paterno-filial, el acto de voluntad y la elección por el amor. Se vincula a la filiación y, en consecuencia, al parentesco a través de la convivencia y no biológicamente, constituyéndose y materializándose en el afecto”. (De Carvalho, 2017, p. 531).

Multiparentalidad: “Es la situación en la que una persona tiene dos figuras de padre y/o madre simultáneamente, es decir, más de un vínculo en la línea ascendente de primer grado, ya sea en el lado materno o paterno. Se

refiere al establecimiento de vínculos de filiación con más de dos personas, que pueden ocurrir concurrente o sucesivamente a lo largo del tiempo, independientemente de la naturaleza legal de la filiación, y es perfectamente permisible la coexistencia de vínculos socioafectivos y biológicos de filiación. Los padres socioafectivos se equiparan con los padres biológicos en deberes y derechos en la multiparentalidad”. (Cassettari, 2017, p. 401).

Socioafectividad: “Es el ejercicio fáctico de la patria potestad, es decir, es el hecho de que alguien que no es padre biológico se compromete a practicar las conductas necesarias para criar y educar a los hijos menores, como el alcance de la edificación. su personalidad independientemente de los lazos de sangre que generen tal obligación legal. Por tanto, en esta nueva relación de parentesco, no es la paternidad ni la maternidad lo que da lugar a la titularidad de la patria potestad y al deber de ejercerla en beneficio de los hijos menores. Es el propio ejercicio de la patria potestad, expresado bajo el disfraz de conductas objetivas como criar, educar y asistir a la prole, lo que acaba generando el vínculo legal de la paternidad”. (Brochado y de Lima, 2010, p. 173)

2.4 Hipótesis

2.4.1 Hipótesis general.

La falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones paternofiliales y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales.

2.4.2 Hipótesis específicas.

H1. La negación de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales.

- H2.** La existencia de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.
- H3.** La redefinición de la identidad filiatoria y de la responsabilidad parental desde la multiparentalidad.
- H4.** La determinación del reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.



CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1 Enfoque, nivel, tipo, diseño, método de la investigación

3.1.1 Enfoque.

La presente investigación reúne las condiciones metodológicas de una investigación de enfoque cualitativo, en razón de que el objeto de la investigación es el estudio de la problemática jurídica sobre la unidad de análisis propuesta, la misma que es abordada desde un planteamiento no estudiado para el presente caso en particular; lo que se deduce de la literatura analizada, abordando nuevos paradigmas a la luz de los cuerpos normativo nacionales e internacionales, a fin de resolver la interrogante de la investigación en base a una adecuada argumentación jurídica de las normas constitucionales y convencionales confrontadas, bajo los parámetros del principio del interés superior del niño, cuando la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria de una persona, recaigan en diferentes sujetos.

3.1.2 Nivel.

El nivel de investigación es descriptivo, basado en el análisis de las sentencias en casación recaídas en procesos de filiación en los que se resuelve el problema propuesto con una marcada predisposición a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria, aunque existen algunos pronunciamientos respecto de la faceta dinámica de la identidad filiatoria; pero, en ningún caso, consideración alguna a la multiparentalidad, respecto de la cual no existen investigaciones previas en nuestro medio a nivel de postgrado.

3.1.3 Tipo.

El tipo de investigación es teórico y práctico. Para esto último, se cuenta con sentencias en casación recaídas en procesos de filiación en los que se

resuelve el problema propuesto con una marcada predisposición a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria, aunque existen algunos pronunciamientos respecto de la faceta dinámica de la identidad filiatoria; pero, en ningún caso, consideración alguna a la multiparentalidad, a pesar de estar presente en procesos en los que la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria de una persona, recaen en diferentes sujetos.

3.1.4 Diseño.

El diseño de investigación es no experimental, porque no se han manipulado variables, sino que se basó en la recolección de sentencias en casación que permitieron analizar el fenómeno de la multiparentalidad, existente en la realidad imperante, aunque que no recibe un reconocimiento y tratamiento jurídico.

3.1.5 Método.

El método de investigación es inductivo en la medida que se analizarán los pronunciamientos a que se refieren las sentencias en casación recaídas en procesos de filiación, para inferir los fundamentos jurídicos que determinan la marcada predisposición a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria, aunque existen algunos pronunciamientos respecto de la faceta dinámica de la identidad filiatoria; con la finalidad de concluir por el reconocimiento de la multiparentalidad, en aquellos casos en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

3.2 Participantes

Las unidades de análisis están referida a 10 sentencias en casación dictadas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Estás sentencias en casación son relativas a procesos de impugnación de paternidad en los que existió conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona (Poder Judicial del Perú, s.f.).

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

La técnica por aplicar en la presente investigación es la de análisis documental; siendo el instrumento por utilizar la guía de análisis documental, en relación a las sentencias en casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República relativas a procesos de impugnación de paternidad en los que exista conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona (Poder Judicial del Perú, s.f.).

3.4 Técnicas de procesamiento y análisis de datos

La guía de análisis documental reflejará la recolección de datos, el procesamiento para la presente investigación y la presentación de los resultados. Al efecto, se utilizarán cuadros que servirán como herramienta para trasladar la información que se obtenga de la guía de análisis documental.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

En este capítulo pasaremos a mostrar los resultados de la presente investigación, los cuales apuntan a demostrar la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial del Perú a favor de la biparentalidad, con especial énfasis a la faceta estática de la identidad filiatoria, aunque existen algunos pronunciamientos respecto de la faceta dinámica de la identidad filiatoria; con la finalidad de apreciar la negación de la existencia de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales, en aquellos casos en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Estos resultados pudieron obtenerse gracias a las guías de análisis documental en relación con 10 sentencias en casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República relativas a procesos de impugnación de paternidad y, en particular, en los que exista conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona.

4.1 Cuestión previa: ¿se puede presentar la multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza?

El desarrollo de la presente investigación se basa en procesos de impugnación de paternidad en los que existe conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona, en los que se pretende identificar situaciones de multiparentalidad. Pero ¿puede surgir ello en casos de disputa de maternidades por naturaleza? La respuesta es positiva desde que se ha expuesto que la multiparentalidad se puede dar tanto del vínculo paterno como materno.

Sin embargo, la referencia a situaciones de multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza permite apreciar la mayor incidencia que ello tiene no sólo respecto del hijo en común sino también en relación con las madres, biológica y afectiva.

La maternidad por naturaleza queda determinada por dos hechos biológicamente demostrables: el parto y la identidad de la madre con el recién nacido. De acuerdo con ello, los supuestos legales en los que procede la impugnación de la maternidad son los de parto supuesto y suplantación del hijo. Este último caso surge cuando el hijo nacido del parto de una mujer es atribuido a otra que asume los cuidados maternos.

Así, bajo el título “La sorprendente historia de los padres cuyos hijos fueron cambiados al nacer y se niegan a remediar el error”, la periodista Geeta Pandey informa del nacimiento simultáneo de dos bebés en un hospital de Assam, un estado en el noreste de la India. Se trata de Riyan y Jonait, dos niños nacidos alrededor de las 7 de la mañana del 11 de marzo de 2015 y que “por accidente los niños acabaron en familias que no son las suyas y con perfiles drásticamente diferentes: una es una pareja hindú y la otra musulmana” (Pandey, 2018).

Fue una de las madres la que percibió que el bebé que le entregaron no era el suyo por los rasgos de los ojos que caracterizan al grupo tribal que correspondía al de otra mujer que también tuvo un parto en la misma habitación del hospital. “Tras una larga batalla judicial y con los resultados de ADN que llegaron dos años y nueve meses después, las autoridades ordenaron el intercambio formal, pero los menores se niegan a abandonar a los padres que los estuvieron criando”.

La periodista de la BBC News Mundo describe la afección emocional de las madres y como espontáneamente tratan de superarlo:

Para las madres, sin embargo el debate interno es visible: hay un vínculo evidente con el bebé que criaron. Pero el niño que llevaron en su vientre también tiene un fuerte peso emocional. Cuando los niños crezcan, dicen las familias, podrán decidir por ellos mismos dónde quieren vivir. Por el momento, las familias están tratando de forjar una relación: unirse de manera periódica, convertirse en amigos, y de algún modo ser parte de la vida de su hijo biológico.

Situación similar ocurrió en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Bajo el título “Mateo y Lihan: la historia de los bebés intercambiados al nacer que volverán con sus padres en Perú”, la redacción de la BBC News Mundo da cuenta de la situación que viven dos madres: Maribel Musaja y Yovana Vera, cuyos hijos nacieron el 25 de abril de 2016 y fueron intercambiados al momento de nacer:

Maribel y su esposo Marcos Llaique se realizaron un test de paternidad en julio de este año, tres meses después de tener a su hijo. La pareja se realizó la prueba porque tenía dudas respecto a quién era el padre del menor, Marcos o la anterior pareja de Maribel. Para su sorpresa, la prueba reveló que ninguno de los dos tenía lazos biológicos con Mateo. Conocidos los resultados, sólo había una explicación posible: el menor fue intercambiado en el hospital donde nació.

El día que nació Mateo, otras 11 madres dieron a luz en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Cualquiera de esos menores podía ser el hijo de Maribel y Marcos. En las siguientes semanas, seis de esas madres, junto a sus bebés, aceptaron someterse a la prueba de ADN cuando conocieron que sus hijos biológicos podrían haber sido intercambiados. Entre las seis mujeres que acudieron al laboratorio estaba Yovana Vera, quien llevó en brazos al pequeño Lihan.

Las pruebas genéticas determinaron que Lihan es hijo de Maribel Musaja y Marcos Llaique, mientras que Mateo es hijo de Yovana Vera (BBC Mundo, 2016).

Igualmente, la redacción de la BBC News Mundo describe la afección emocional de las madres y como espontáneamente tratan de superarlo:

La periodista Claudia Beltrán, que sigue el caso para el diario peruano La República, explicó a BBC Mundo que las madres atraviesan momentos

muy difíciles dado que ya se encariñaron con los menores que cuidaron y amamantaron durante casi medio año. Beltrán añadió que desde que el lunes se confirmó el intercambio, las mujeres apagaron sus celulares y evitaron cualquier contacto con los medios.

Es más, Miriam Herrera, la fiscal asignada al caso, afirmó el lunes que las madres desearían quedarse con ambos bebés. De acuerdo a lo que informó la autoridad, las dos mujeres manifestaron su tristeza después de que el lunes recibieron la noticia que les confirmaba que sus hijos fueron intercambiados.

Los menores todavía permanecen en los hogares donde fueron cuidados en los últimos meses. De hecho, ni siquiera queda claro si Mateo y Liam seguirán llamándose así cuando sean restituidos a sus familias. No se sabe con precisión cuántas semanas o meses puede durar este proceso. Es difícil imaginar lo que significará para Maribel y Yovana separarse de los bebés a los que durante meses creyeron sus hijos.

Se ha tenido acceso al expediente 00686-2016-0-0401-JR-FT-02 seguido ante el Segundo Juzgado de Familia – Sede Cerro Colorado – de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (Investigación Tutelar, 2016). De su revisión, se comprueba que el Ministerio Público propició una investigación tutelar de restitución y protección de los derechos fundamentales de los niños, la que fue reconducida por el órgano jurisdiccional a una pretensión de nulidad de reconocimiento de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños Mateo Ismael y Lihan Aldair a sus madres biológicas. Conforme al literal b.2 del fundamento jurídico segundo de la resolución 01-2016 del 18 de septiembre de 2016, el Juzgado consideró improcedente el pedido del Ministerio Público por cuanto el “proceso tutelar está diseñado únicamente para proteger o tutelar al niño, niña y adolescente que se encuentra en estado de abandono”, situación en la que no se encuentran los niños del caso; por lo que, estimó “imprescindible reconducir la pretensión del Ministerio Público a fin de no permitir que el tiempo avance y se hagan más fuertes los lazos afectivos entre las madres y los hijos no biológicos”, de acuerdo con el literal b.3 del fundamento jurídico tercero de la citada resolución.

En la resolución 01-2016 del 18 de septiembre de 2016 se aprecia la solución inicial que propone el Juzgado al conflicto entre la faceta estática y dinámica de la identidad filiatoria de los niños. Así, en el literal b.4 del fundamento jurídico segundo de la resolución en cuestión, toma en cuenta el vínculo afectivo para vislumbrar las medidas de tutela anticipada:

han transcurrido casi cinco meses desde el nacimiento de ambos menores. por lo que la adaptación de éstos a sus nuevas familias no puede ser inmediata sino progresiva, a lo que se suman los lazos afectivos de los padres que deben ser tratados de manera progresiva con regímenes de visitas e incluso terapias colectivas, porque de no hacerlo estaríamos forzando una entrega que podría ser hasta riesgosa para los niños más aún si tenemos en cuenta que obra una acta fiscal en la que los padres no querían entregar a los niños que consideran como hijos, a pesar de conocer que sus hijos biológicos eran otros: en este sentido, para este Magistrado el problema no se soluciona con un simple intercambio, sino brindando una protección integral a los niños y a sus familias.

A pesar de ello, en el apartado l) del literal b.2 del fundamento jurídico tercero de la resolución bajo análisis, resalta la importancia del vínculo biológico en la determinación de la identidad filiatoria:

De todo lo dicho es evidente que a pesar de que no existe ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional que haya reconocido de manera expresa al derecho a la verdad biológica, nuestros tribunales lo consideran un derecho fundamental por cuanto deriva del derecho a lo identidad, derecho que a nivel nacional si ha tenido un reconocimiento. En este sentido, permitir que los niños MATEO ISMAEL y LIHAN ALDAIR continúen con una filiación que no corresponde a su herencia genética conlleva una afectación grave al derecho fundamental a la verdad biológica.

Los Protocolos de Pericia Psicológica de las señoras Yovana Patricia Vera y Maribel Glorinda Musaja Maqqe dan cuenta de la afectación emocional que el intercambio de los bebés y su entrega a sus familias biológicas produce en ellas. Así, en el Protocolo de Pericia Psicológica N°023681-2016-PSC de Yovana Patricia Vera, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye:

Su estado afectivo emocional revela tensión y preocupación respecto de los eventos ocurridos, expresa tristeza e incertidumbre, se muestra afligida durante la evaluación, evidencia desánimo y sensación de hastío, manifiesta lo siguiente: "...es una pesadilla por lo que estoy pasando ahorita, cómo se han podido equivocar tanto dios mío? ...". Asimismo, señala lo siguiente: "... yo me imaginaba que mi hijo era mío porque confiaba en el hospital, ahora me doy con la sorpresa de que el bebé que estaba criando no era mío, no puedo dormir porque sé que ese bebé se va a ir, no puedo ni describirlo como me siento ahorita, tanto que he llorado que no tengo ni una lágrima...". Por otro lado, afirma lo siguiente: "... tengo una angustia sobre la familia a quien se lo voy a entregar a mi bebé, a su verdadera mamá, me preocupa que la señora no lo vaya a querer a mi bebé, por eso pido a la fiscalía que la siga a la señora para saber cómo lo trata a mi pequeño liham...".

De otro lado, en el Protocolo de Pericia Psicológica N°023680-2016-PSC de Maribel Glorinda Musaja Maqqe, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye:

- Estado afectivo emocional ansioso-depresivo ante sucesos motivo de investigación y al estar preocupada en tener que dejar al bebe que tiene en su poder
- la examinada se encuentra en una lucha interna en que por un lado desea tener a su verdadero hijo pero por otro la causa preocupación e incertidumbre alejarse del bebe que ha venido criando como si fuera su hijo del cual se ha encariñado llegando a proponer que puede hacer cargo de los 2 bebes.

El Segundo Juzgado de Familia – Sede Cerro Colorado – de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emite sentencia el 26 de septiembre de 2016 declarando fundada la demanda de tutela presentada por el Ministerio Público, reconducida a una demanda de nulidad de reconocimiento de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños Mateo Ismael y Lihan Aldair a sus madres biológicas. De acuerdo con el fundamento jurídico segundo de la sentencia bajo comentario, la solución anticipada al conflicto que tomó en cuenta el vínculo afectivo de la identidad filiatoria de los niños es reemplazada por una postura definitiva del Juzgado que pondera prioritariamente el vínculo biológico. Así, se expone:

El Tribunal Constitucional ha establecido que: El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44° establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre (...) Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. En ese mismo sentido está lo afirmado por los vocales de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al afirmar que: para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quienes son sus padres. Este último derecho es un atributo de la identidad de toda persona, lo que ha sido regulado en forma expresa en el numeral 1° del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra dice: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, o un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en lo mediado de lo posible, o conocer a sus padres y o ser cuidado por ellos".

Por lo que el derecho a conocer a sus padres biológicos y a ser cuidados por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia que reclama la prevalencia de la verdad biológica sobre la voluntad creadora del vínculo, derecho reconocido incluso en nuestra Constitución Política.

Resulta evidente que no se alcanzaría la paz social si los derechos fundamentales de la persona, como son el de conocer a los padres y ser cuidados por ellos, no son reconocidos y protegidos: la permisibilidad de la investigación paterno filiar permite un cabal ejercicio y protección de tales derechos. más aún si las investigaciones científicas han avanzado de tal modo que pueden otorgar conclusiones decisivas sobre la realidad del nexo biológico, haciendo posible un derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la verdad.

La conclusión fue difundida en la página web de Justicia TV del Poder Judicial bajo un título que destaca la postura a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria: "Juez logró que bebés cambiados en hospital vuelvan con padres biológicos" (Justicia TV, 2016):

El juez Giancarlo Torreblanca Gonzales, titular del Segundo Juzgado de Familia de Cerro Colorado (Arequipa), logró que las madres de los bebés intercambiados en el hospital Honorio Delgado de Arequipa entreguen voluntariamente a las criaturas para que vuelvan con sus padres biológicos.

Las gestiones se iniciaron el lunes por la tarde cuando los padres y bebés involucrados en este caso llegaron a las terapias programadas por el juzgado de Familia.

En esas circunstancias, bajo la supervisión de psicólogos, el doctor Torreblanca Gonzales persuadió a las progenitoras Maribel Musaja

Maque y Yovana Patricia Vera para que dieran de lactar a los niños, convenciéndolas para que pasen la noche con sus verdaderos hijos, de manera que pudieran reforzarse los lazos de afectividad.

La respuesta decisiva de este caso de disputa de maternidades por naturaleza demuestra la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria; lo que no contribuye al reconocimiento de la multiparentalidad, a pesar de recaer en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

4.2 Criterios judiciales para imponer la visión biparental en casos de disputa de paternidades por naturaleza

4.2.1 Casación nº4430-2015 Huaura (Impugnación de paternidad, 2017)

a) Partes

Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante)
Yelitza Lucía Verde Agama (demandado)

b) Hechos

El demandante Jorge Antonio Manayay Ramos, interpone demanda de Impugnación de Paternidad de la menor de iniciales G.C.M.V., alegando no ser el padre de la referida menor y acumulativamente solicita que se declare la Nulidad del Acto Jurídico y se excluya su nombre de la aludida Partida de Nacimiento número 63751816, inscrita en la Municipalidad Distrital de Pativilca; acción que la dirige contra Yelitza Lucía Verde Agama. Fundamenta su pretensión en que en el año dos mil tres sostuvo relaciones extramatrimoniales con Yelitza Lucía Verde Agama, quien le manifestó que se encontraba embarazada; siendo el caso mencionar que con fecha treinta de julio de dos mil cuatro, nació la menor de iniciales G.C.M.V., quien debido a la insistencia de la madre y en la creencia que el recurrente era el padre, la reconoció el veintisiete de agosto de dos mil cuatro; pero es el caso que la madre de la menor le ha manifestado en varias oportunidades que no es el padre, y que se ha valido del engaño dolosamente para que reconociera a la menor, hecho que ha generado burlas en su vecindario del distrito de Pativilca, y ante este dicho se ha visto obligado a solicitar al Hospital de Barranca la hoja de identificación de la menor, dándose con la sorpresa que en los datos del padre, aparece el nombre de otra persona (Jorge Manayay Pflucker) y no del requirente.

c) Fundamentos de la Casación

Cuarto. - A criterio de este Tribunal Supremo 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, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí 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. Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la demandada (madre de la menor) que le ha manifestado no ser el padre; realizando su impugnación en el año dos mil diez, no obstante haberla reconocido en el año dos mil cuatro. Para casos como estos resultan 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 la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

Quinto. - Que, respecto a la causal consistente en que no se ha aplicado debidamente el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, argumentada en el sentido que no es factible obligar a la menor a la práctica de una prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico); sin embargo, al optar este Colegiado Supremo por la improcedencia de la demanda dichos argumentos devienen en situaciones que implican un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia no siendo factible emitir pronunciamiento en dicho extremo; siendo ello así, se advierte que no se han aplicado debidamente las normas procesales y materiales denunciadas, máxime si el artículo 395 del Código Civil, regula la irrevocabilidad del reconocimiento, ello concordado con el artículo 399 del mismo cuerpo legal, el cual regula que la negación del reconocimiento puede ser realizado por el padre o la madre que no intervino en él, supuesto que como precisáramos líneas arriba no es aplicable al demandante quien voluntariamente reconoció a la menor; razones por las cuales actuando en sede de instancia la demanda deviene en improcedente conforme al artículo 427 inciso 5 del Código Procesal Civil.

d) Decisión

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Yelitza Lucía Verde Agama a fojas seiscientos ochenta y dos; por consiguiente, **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas seiscientos sesenta y cinco, de fecha catorce de setiembre de dos mil quince, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura; y, **actuando en sede de instancia, REVOCARON** la resolución de fojas quinientos ochenta y tres, de fecha tres de marzo de dos mil quince, que declara **fundada** la demanda sobre Impugnación de Paternidad, con lo demás que dicha resolución contiene; y **REFORMÁNDOLA** declararon **improcedente** la misma.

En el presente caso, el demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria por la existencia entre ellos de una posesión constante de estado por 6 años desde el reconocimiento, no se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo con el demandante; por lo que, se optó por la preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

4.2.2 Casación Nº3797-2012 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2013)

a) Partes

Simón Coyla Quispe (demandante)

Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado)

b) Hechos

Simón Coyla Quispe, interpuso demanda (página seis), contra Natividad Esther Sucari Chancatuma (madre del menor), Jimmy Antony Coyla Sucari (menor de edad a la fecha de presentación de la demanda), conforme a su pretensión principal: impugnación de paternidad a fin de que se declare que el menor demandado Jimmy Antony Coyla Sucari no es hijo biológico del recurrente, a través de la prueba del ácido desoxirribonucleico - ADN, que deberá practicarse. Como pretensiones acumuladas: **a)** Se disponga que el demandado Jimmy Antony Coyla Sucari deje de usar, utilizar y consignar el apellido Coyla en su nombre. **b)** El Juzgado disponga la anotación marginal en la partida de nacimiento del demandado Jimmy Antony Coyla Sucari en la que se indique que el demandado no es hijo biológico del demandante, ahora recurrente, para lo cual el Juzgado debe cursar oficio con copia certificada de la sentencia correspondiente para que la anotación se realice en la Partida número 6218 del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos del Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Arequipa. Para cuyo efecto alega los siguientes fundamentos fácticos: **1)** Con la madre del demandado tuvo un encuentro ocasional en mil novecientos noventa y uno, cuando el recurrente se encontraba en estado de ebriedad, razón por la que no tiene un recuerdo claro de lo que sucedió en el referido encuentro con la nombrada demandada, e incluso después del encuentro aludido no la volvió a ver hasta el año mil novecientos noventa y cinco. **2)** En enero de mil novecientos noventa y cinco se encontró con la demandada, y esta le enseña un niño con tres años de edad y le dice que era su hijo producto del encuentro que tuvieron en mil novecientos noventa y uno solicitando que lo reconozca, por lo que el recurrente al no recordar bien lo que sucedió y creyendo en lo que le manifestó optó por firmar en la Partida de Nacimiento del menor con la creencia que era su

hijo. **3)** Sin embargo, se ha enterado, recientemente, por versión de conocidos, que no es el padre biológico del menor, quien a la fecha tiene diecisiete años de edad. **4)** Ante la certeza que no es el padre biológico del menor y con la aparición de la prueba del ADN, sumado al derecho a la identidad de las personas, que es un derecho constitucional, que tiene la categoría de ser un derecho humano, no puede tener ninguna limitación por el derecho interno.

c) Fundamentos de la Casación

Undécimo. - A criterio de este Tribunal Supremo 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, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí 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.

Duodécimo. - Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la demandada (madre de la menor) que le ha manifestado no ser el padre; realizando su impugnación en el año dos mil diez, no obstante haberla reconocido en el año dos mil cuatro. Para casos como estos resultan 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 la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

[...]

Décimo sexto. - Que, es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda fue planteada porque el recurrente escuchó de algunas personas (que no precisa) versiones de que no sería el padre del menor (manifestaciones que tampoco explicita), ello diecisiete años después del nacimiento de este, en circunstancias además en que el menor sufre hemiplejía espástica (página ciento cincuenta y siete) y trastorno psicótico (página ciento noventa y cinco) y en circunstancias en que el demandante no alega que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar. El mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de

manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que se sintió afectado por algunas expresiones verbales.

Décimo sétimo. - Que, en ese punto, este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado -como en este caso- que el menor considere al demandante como su padre.

d) Decisión

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante Simón Coyla Quispe (página cuatrocientos cuarenta y uno), en consecuencia **NO CASARON** el auto de segunda instancia número 394-2012, contenido en la resolución número DOS-1SC, del diecisiete de agosto de dos mil doce (página cuatrocientos veinticuatro).

En el presente caso, el demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial durante 17 años desde su nacimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo con el demandante. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria y garantiza su preservación, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

4.2.3 Casación N°1622-2015 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2016)

a) Partes

Esteban Ccopa Ojeda (demandante)

Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado)

b) Hechos

Esteban Ccopa Ojeda interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad respecto a la menor de iniciales E.L.C.G.; en consecuencia, solicita que se suprima su nombre como padre de la menor. Señala que con Filomena Ana María Gutiérrez Huamán se conocen en el mes de mayo de mil novecientos noventa y siete, en una discoteca, sosteniendo relaciones sexuales solo una vez en el mes de julio del mismo año. Agrega que, la demandada se apersonó a su casa informándole que estaba embarazada de un mes y una semana, por lo que, por presión de sus padres, reconoció a la menor de iniciales E.L.C.G. (edad actual diecisiete años) ante la Municipalidad Distrital de Paucarpata,

momento en el cual se entera que la demandada se llama Filomena. Manifiesta que, la demandada tenía como conviviente a César Federico Linares Rufasto, con el que mantuvo vida conyugal permanente por un periodo aproximado de veintidós años, situación de la que se entera en febrero de dos mil doce, por la conversación que tuvo con el otro hijo de la demandada, Gustavo Vidal Linares Gutiérrez quien también le indica que tuvo otro hermano que ya falleció. Considera que de ser cierto que la menor es su hija, ella habría nacido en abril de mil novecientos noventa y ocho y no el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y ocho, teniendo en cuenta nueve meses de gestación, por lo que, dicha menor habría sido concebida antes del encuentro sexual que tuvo con el demandante; en ese sentido, la demandada lo ha engañado.

Filomena Ana María Gutiérrez Huamán contesta la demanda, señalando que convivió con el demandante en el año mil novecientos noventa y siete, siendo es falso que sus padres hayan intervenido para obligarlo en el reconocimiento de su hija. Manifiesta que tampoco resulta cierto que haya tenido una vida marital con César Federico Linares Rufasto, pero es cierto que tiene tres hijos. Indica que el demandante hace catorce años reconoció a su hija y el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y ocho se realizó una conciliación, donde el actor reconoce nuevamente a su hija, y además se compromete a cumplir con pasar alimentos, acto que no realiza hasta la fecha.

c) Fundamentos de la Casación

Undécimo.- Se aprecia entonces que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad del reconociente de desdecirse o retractarse posteriormente de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador de los efectos que puede producir esta destrucción del vínculo jurídico de filiación sobre el desarrollo del hijo reconocido -casi siempre menor- y el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en la familia y la sociedad. No es necesario ahondar en las consecuencias nocivas que normalmente puede producir en un niño la extinción del vínculo paternofilial, no solo por la continuación de la relación que pueda existir con su progenitor, sino también por el estado de desamparo en el que quedaría al ponerse término a los deberes de tutela que correspondían al padre.

Duodécimo. - En efecto, 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.

Décimo tercero. - Y lo más grave que se puede apreciar en todo esto es la situación de desamparo en la que se colocaría al menor luego de un pronunciamiento de este tipo, dado que usualmente esta controversia va ligada al de la manutención del menor, que depende de las obligaciones alimentarias impuestas por la ley a quien ha reconocido libremente la filiación, ya que estas pretensiones suelen ser ejercidas por los padres formalmente reconocidos luego de la ruptura de las relaciones amorosas con la madre del menor.

Décimo cuarto. - 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.

d) Decisión

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante **Esteban Ccopa Ojeda**, de fecha veintiséis de marzo de dos mil quince, obrante a fojas cuatrocientos doce; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha cuatro de marzo de dos mil quince, obrante a fojas trescientos noventa y siete.

En el presente caso, el demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial durante 17 años desde su nacimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo con el demandante. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria y garantiza su preservación, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

4.2.4 Casación n°950-2016 Arequipa (Impugnación de paternidad, 2016).

a) Partes

Joel Eduardo Vilca Flores (demandante)

Luis Alberto Medina Vega (demandado)

Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)

b) Hechos

Joel Eduardo Vilca Flores, padre biológico de la menor, interpone demanda de impugnación de paternidad contra Luis Alberto Medina Vega y Fiorella Kathy Medina Sánchez, a fin de que se declare la nulidad de la partida de nacimiento número "63430876" y accesoriamente se disponga la filiación extramatrimonial del demandante como padre de la menor. Funda su pretensión en lo siguiente: **1)** Que el actor Joel Eduardo Vilca Flores es padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez de nueve años de edad a la fecha de la demanda, quien ha nacido como producto de las relaciones de convivencia con Olivia Olinda Sánchez Medina, con quien mantuvo tales relaciones de manera ininterrumpida desde el año dos mil uno, hasta la fecha de su fallecimiento, ocurrido el doce de julio de dos mil once; que durante el tiempo de esta relación extramatrimonial la menor vivió con el demandante y su madre en el domicilio de su propiedad; **2)** Agrega que la madre de la menor, doña Olivia Olinda Sánchez Medina, se encontraba separada de hecho del demandado Luis Alberto Medina Vega y al nacer la menor el treinta de marzo del dos mil dos, el demandante fue impedido de asentar la partida de su menor hija, razón por la cual, la madre bajo presión del demandado asentó la partida inscribiéndola como hija de su esposo Luis Alberto Medina Vega. No obstante desde su nacimiento la menor ha estado siempre al cuidado de su madre y del demandante como verdaderos padres, y al fallecer su madre estuvo al cuidado de su abuela materna doña Irene Emilia Medina Corpuna, posteriormente el demandado actuando con prepotencia y temeridad acudió a la DEMUNA y asumiendo falsamente que la menor se encontraba en abandono, solicitó la tenencia de la menor, la que inmediatamente se la otorgaron; y, **3)** Que ante tales circunstancias resulta imperativa la realización de la prueba de ADN en la persona del demandante, la menor y el demandado para desvirtuar de manera concreta y con el apoyo científico quien es el verdadero padre de la menor Fiorella Kathy.

Luis Alberto Medina Vega, padre legal de la menor, contesta la demanda, en los siguientes términos: **1)** Que la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez desde su nacimiento ha sido declarada como su hija, lleva su apellido y está a su cuidado; **2)** Niega que su cónyuge, quien en vida fue doña Olivia Olinda Sánchez Medina, haya mantenido una relación convivencial con el demandante; además, no le consta fehacientemente que no sea el padre biológico de la menor; y, **3)** Que el demandante formuló una denuncia de abandono, la que fue archivada, que en dicho proceso la Pericia Psicológica N°022409-2011-PSC, efectuada a la menor, concluyó que a nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación al padre y hermanos y la dinámica familiar es adecuada; asimismo el Informe Social N° 293-11-XIDIRTEPOL-UNFAM/PC.SS sugiere que la menor debe continuar bajo la protección de don Luis Alberto Medina Vega quienes brinda adecuada protección.

c) Fundamentos de la Casación

PRIMERO.- Procediendo al análisis de la infracción contenida en el numeral III de la presente resolución, referente al interés superior del niño y su derecho a la identidad, resulta menester precisar previamente que, en cuanto al interés superior del niño, el principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, que fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 en los siguientes términos: *“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*. Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también reconoce este principio, al consagrar que la infancia tiene *“derecho a cuidados y asistencia especiales”*. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; que luego los desarrolla la propia Convención. Sin embargo, la diferencia entre la concepción de la Convención y de las anteriores es cualitativa, pues mientras aquéllas son meramente declarativas, ésta dota a dicho Principio de total efectividad, en primer lugar tenemos, por reconocer al niño como sujeto pleno de derecho; y en segundo lugar, por dotar a tales derechos de las garantías para su cumplimiento, y en ese marco considera dicho interés como principio vinculante para todos los poderes públicos y entes privados. Por consiguiente, atendiendo a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, es que debe emitirse la presente decisión.

SEGUNDO. - Que, en esa misma perspectiva, respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole

cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

TERCERO.- Que la Constitución Política del Perú en sus artículos 2° inciso 1°, consagra el derecho del niño a la identidad, al establecer que: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”*, derecho Constitucional que guarda consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 8° incisos 1° y 2° preceptúa: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, (...) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*; derecho reconocido también en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que estipula: *“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”* y que además *“es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal”*. Estas normas garantizan el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia, del nombre y la identidad, así como el derecho del padre y de la madre a que se les reconozca y ejerzan su paternidad.

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala *“La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente”* así como del examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: *“A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada”*, a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

SEXTO. - De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente: *“(...) que vive con sus hermanos ellos son*

cuatro (...) todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto; (...) ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver (...) ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. (...)". De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno "Medina".

SÉTIMO.- Es necesario resaltar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la *litis*, en clara materialización del principio del interés superior del niño.

OCTAVO. - Así, las cosas, se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado Luis Alberto Medina Vega. Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. En consecuencia, en salvaguarda del derecho a la identidad de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, y en aras de su interés superior, corresponde estimar el recurso de casación por la causal sustantiva denunciada.

d) Decisión

A) Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega obrante a fojas seiscientos ochenta y dos; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, de fojas seiscientos sesenta y dos.

B) Actuando en sede de instancia REVOCARON la sentencia apelada de fecha uno de abril de dos mil quince, que declara fundada la demanda; **reformándola**, la declararon **INFUNDADA**.

En el presente caso, con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por

esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria por la existencia entre el padre legal y la menor de una posesión constante de estado por más de 9 años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella; por lo que, se optó por la preservación de la identidad.

4.2.5 Casación n°2151-2016 Junín (Impugnación de paternidad, 2018)

a) Partes

Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante)
Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado)

b) Hechos

Según el escrito de fojas uno, presentado el dieciséis de setiembre de dos mil trece, Elías Antonio Mallqui Venturo formula como pretensión principal la Impugnación de Paternidad y como pretensión accesoria la Exclusión de Nombre de la Partida de Nacimiento del menor de iniciales A.F.M.F., la cual dirige contra Rossi Janeth Figueroa Baltazar y el citado menor. Sostiene como fundamentos de su pretensión que: i) Mantuvo una relación esporádica con la demandada y que producto de esa relación dicha persona le comunica en el año dos mil seis que quedó embarazada y que tuvo un hijo, razón por la cual frente a la presión de su familia y de la demandada reconoció al citado menor en el Registro Civil; ii) Posteriormente, en el año dos mil diez, la demandada le entabla un proceso de Alimentos bajo el Expediente número 1817-2010, determinándose mediante sentencia la suma de doscientos treinta nuevos soles (S/.230.00) mensuales como pensión alimenticia, pese a ello la demandada le venía hostigando, solicitando más dinero para el menor, no dejaba que vea al menor e impedía que tenga todo tipo de contacto con él, hecho que le creó duda acerca de su paternidad, habiéndose suscitado discusiones, ante lo cual la demandada le indica que no era el padre del menor; iii) A raíz de ello tuvo que iniciar un Proceso de Prueba Anticipada de ADN, Expediente N° 0735-2010, tramitado ante el Primer Juzgado de Familia de Huancayo, donde el A quo ordenó que se realizara la pericia biológica de la Prueba de ADN ante el Laboratorio Biolinks, llegándose a realizar la misma pese a las negativas de la demandada, la que dio como resultado irrefutable que no era el padre del menor, habiendo tomado conocimiento de ello en el mes de enero de dos mil doce, motivo por el cual interpuso demanda de Cese de Pensión de Alimentos bajo el Expediente número 1370-2012, la misma que fue declarada improcedente debido a que se estableció que debía tramitar la Exclusión de Nombre del

Padre de la Partida de Nacimiento respecto al reconocimiento del menor en un proceso de Impugnación de Paternidad; iv) Señala que existió una inducción de vicio de error, al hacerle creer la madre del menor que era el padre, apoyada de su familia, y se aprovechó de ello por haber mantenido relaciones con la demandada en una sola oportunidad; asimismo, refiere que existió dolo por parte de la demandada ya que a sabiendas que no era el padre lo engañó para que reconociera al menor. Ampara la demanda en lo dispuesto por los artículos 399 y 400 del Código Civil.

c) Fundamentos de la Casación

QUINTO.- Es importante destacar que en el caso del reconocimiento del hijo extramatrimonial a quien la norma sustantiva define como el concebido y nacido fuera del matrimonio, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 386 del Código Civil: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”, tenemos a un sujeto activo, el cual será toda aquella persona mayor de edad con capacidad de ejercicio y a un sujeto pasivo que deberá ser el hijo, que ya haya nacido, sea este menor o mayor de edad; asimismo, dicho reconocimiento se podrá efectuar de forma conjunta por el padre y la madre o por uno solo de ellos, conforme lo prescribe el artículo 388 del Código Civil: “El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”, así como en el Registro de Nacimientos, por Escritura Pública o por Testamento, conforme lo prescribe la norma denunciada contenida en el artículo 390 del Código Civil.

SEXTO. - De ahí, sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario a decir de Héctor Cornejo Chávez⁴ existe discrepancia en cuanto a determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo o de filiación, o si es simplemente declarativo de la misma, o si -como, con criterio ecléctico, sostienen algunos autores lo primero cuando se trata de la paternidad, y lo segundo, cuando se trata de la maternidad. En tal sentido, señala que el Código Civil no trae disposición expresa que caracterice el reconocimiento como acto constitutivo o meramente declarativo de la filiación, haciendo notar a esto que: “La irrevocabilidad del reconocimiento es señalada por algunos tratadistas como una consecuencia del carácter declarativo de este. Si, por lo tanto, el artículo 395 del Código Civil consagra expresamente –lo que no hacen en la misma enfática forma otras legislaciones- dicho carácter irrevocable, se tendría en ello un indicio de que, entre nosotros, el reconocimiento no es constitutivo, sino solo declarativo. Y si, en consecuencia, el caso que nos ocupa no crea el lazo de filiación, sino que solo lo comprueba, tendríamos que concluir que sus efectos operan retroactivamente. Así, en efecto los estiman numerosos autores, para quienes la retroactividad es resultado del carácter declarativo del reconocimiento”. Asimismo, se inclina por la retroactividad del reconocimiento al no faltar razones que condujeran a sostener la tesis contraria; entre ellas, la de que al tratarse de la Legitimación, el criterio predominante se inclina por la irretroactividad: “Sin embargo, y pese a la aparente analogía entre ambas figuras (irretroactividad y retroactividad del reconocimiento, el agregado es nuestro), creemos que existe una diferencia importante; a saber, la de que

el hijo extramatrimonial es realmente tal hasta antes del subsiguiente matrimonio de su padre o de la respectiva declaración judicial, solo a partir de uno de estos hechos una ficción benévola de la ley lo vuelve matrimonial; mientras que el hijo es realmente tal desde antes de su reconocimiento, y este solo exterioriza un vínculo que la naturaleza tenía ya creado. Por lo tanto, si a la “legitimación” se le atribuye un carácter constitutivo sin violentar la realidad, se la violentaría si se dijera que el reconocimiento convierte en hijo al reconocido”. En ese orden de ideas, el reconocimiento deviene en un acto declarativo, de eficacia retroactiva, ya que el reconocido es considerado como hijo desde la concepción y no desde el momento en que este se efectúa, por lo que al invocar la anulación o impugnación del reconocimiento se retrotraen los efectos.

SÉTIMO.- En dicho contexto normativo y doctrinario, se concluye que en el caso de autos resulta evidente que la Sala Superior, ha adoptado el criterio de que el reconocimiento voluntario es meramente declarativo y que solo exterioriza un vínculo que la naturaleza tenía ya creado, lo que ha conllevado a determinar que el demandado en calidad de reconociente se encuentra legitimado activamente para demandar la impugnación de paternidad del hijo extramatrimonial, ya que su manifestación de voluntad inicial no correspondería con la verdad biológica; por lo tanto, no podría negarse el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para dar solución a la discordancia entre la voluntad declarada de un hijo extramatrimonial, de quien no conocía que no era realmente su hijo y la verdad biológica determinada mediante la prueba de ADN a efectos de establecer el vínculo filial del menor. Es entonces en dicha circunstancia en la que se cuestiona el acto de reconocimiento voluntario en que la voluntad inicial del declarante, en la creencia de que el reconocido era realmente su hijo, cuando en realidad no era el padre, se advierte que el artículo 395 del Código Civil restringe el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, así como el derecho a la identidad del menor que justifica que conozca a su verdadero progenitor, cuando se haya demostrado que no existe nexo biológico entre el demandante y el menor, conforme se acredita con la pericia biológica de la Prueba del ADN realizada en el Laboratorio Biolinks, por cuanto el derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen el derecho inalienable a contar con los atributos y datos biológicos y culturales que permiten su total individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privado de los mismos, el cual abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscrito en un Registro Público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia, encontrándose consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, y además protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: “quién y cómo es”. Tal derecho comprende diversos aspectos de la persona, que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etcétera) hasta los de mayor desarrollo interno o espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, entre otros). Nuestra Carta Magna vigente reconoce el derecho a la identidad de la persona y no solamente el nombre, como lo hacía la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, que establecía en su artículo

2 que: “Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. (...)” por lo que ahora desde la Constitución Política que nos rige queda comprendido el derecho al nombre dentro del derecho a la identidad. A nivel doctrinario Carlos Fernández Sessarego define el derecho a la identidad como: “(...) el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, presentándose bajo dos aspectos, uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico, constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes y comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad”. El conjunto de estos múltiples elementos caracteriza y perfilan entonces al ser como uno mismo, diferente a los demás, y por ser derechos consustanciales con la persona humana tienen el carácter de inalienables, perpetuos y oponibles erga omnes, no admitiéndose límites de ninguna naturaleza, aun cuando fueran temporales o materiales.

OCTAVO. - En base a lo antes expuesto, no se imposibilita la plena vigencia del derecho del menor a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, por cuanto al ser contrario a la realidad, el reconocimiento practicado por quien no era el padre biológico del menor se está afectando el derecho fundamental a conocer su verdad biológica. En efecto, la decisión adoptada en sede de instancia, no se contrapone al principio concerniente al interés superior del niño, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocido primigeniamente por la Organización de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve en la precitada Declaración de los Derechos del Niño, cuando en el también citado Principio II indica: “(...) Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”, criterio que del mismo modo desarrolla el artículo 3.1 de la indicada Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En esa línea, el Principio del Interés Superior del niño se encuentra previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y regula conforme lo dispone el artículo X de la norma acotada, que el Estado garantiza un sistema de impartición de justicia especializada para los niños y adolescentes tratándose los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estos se encuentren involucrados, como problemas humanos, así como a las facultades tuitivas del juez en los procesos de familia, que establece la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo tanto deben flexibilizarse algunos principios y normas procesales, ofreciendo protección a la parte más perjudicada, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Perú, que reconocen la protección al niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la política del Estado democrático y social de derecho.

d) Decisión

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Rossi Janeth Figueroa Baltazar a fojas ciento ochenta y siete; por consiguiente, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y seis, de fecha catorce de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Huancayo

En el presente caso, con la prueba anticipada de ADN se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumenta la existencia de posesión constante de estado entre el demandante y el menor. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta estática de la identidad filiatoria por considerar que el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

4.2.6 Casación N°04976-2017 Lima (Impugnación de paternidad, 2018)

a) Partes

César Humberto Moran Murga (demandante)
Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado)
Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)

b) Hechos

Por escrito de fecha nueve de abril de dos mil trece (página diez) y escrito de subsanación de fecha diez de abril del mismo año (página veinte), César Humberto Moran Murga interpuso demanda contra Roxana Pierinna Oviedo Bedoya y Carlos Alberto Zegarra Cuba, teniendo como pretensión la impugnación del reconocimiento de la paternidad declarada por Carlos Alberto Zegarra Cuba sobre el menor de iniciales S.F.Z.O. y se varíe el reconocimiento hacia su persona. Argumenta su demanda bajo los siguientes fundamentos:

- En el mes de junio del año dos mil diez entabló una relación amorosa con la madre del menor, Roxana Pierinna Oviedo Bedoya, siendo que luego se distanciaron y en el mes de octubre de dos mil diez ella salió embarazada, naciendo el menor en fecha veintiuno de julio de dos mil once.
- Luego, en el mes de abril de dos mil doce, la demandada le comunicó que existía la posibilidad de que el menor fuera su hijo, por lo que en agosto del mismo año se realizó una prueba de ADN, cuyo resultado fue de 99,999996506134 de probabilidad que sea su hijo.
- Tanto la madre del menor como él tienen el ánimo de esclarecer el vínculo paterno filial entre el menor y su persona, siendo que tiene

conocimiento que el demandado también está de acuerdo con ello y con renunciar a su paternidad.

Por escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil trece (página ciento treinta y cinco), el demandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en lo que corresponda, con los siguientes argumentos:

- Mantuvo una relación amorosa con Roxana Pierinna Oviedo Bedoya desde enero de dos mil ocho hasta diciembre de dos mil diez, siendo que la persona citada salió embarazada a finales de octubre de dos mil diez y le comunicó tal suceso en el mes de enero de dos mil once.
- Se hizo cargo de todos los gastos pre y post natales, e incluso adquirió un departamento a nombre de ambos.
- En el mes de octubre de dos mil once, Roxana Pierinna Oviedo Bedoya le envió por error un correo que contenía conversaciones entre ella y el demandante evidenciando que entre ellos había existido una relación amorosa, ante lo cual en enero de dos mil doce se hizo una prueba de ADN cuyo resultado fue confirmado con otra prueba, estando a que no era padre del menor.
- Desea que se aclare la paternidad y que se acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre del menor.
- Reconviene la demanda y solicita que el demandante y Roxana Pierinna Oviedo Bedoya, le paguen una indemnización por daño moral por la suma de quinientos mil soles (S/ 500.000,00), bajo los siguientes argumentos:
 - Tanto el demandante como la codemandada han actuado con culpa, por cuanto si bien no tenían la certeza que el menor era su hijo, siempre existió la posibilidad, dado que ambos mantuvieron una relación de manera paralela a la que él tenía.
 - Ambos sabían que existía la posibilidad de que él no fuera el padre, pero aun así dejaron que él lo reconociera e inicie una relación de afecto con quien consideraba su primer hijo.
 - El hecho antijurídico realizado por ambas partes fue permitir que reconociera al menor pese a que existía la posibilidad de que no fuera el padre, por lo que al enterarse de la verdad tuvo que acudir a ayuda psiquiátrica, entrándose en un estado de depresión y medicación hasta la fecha. Asimismo, sus padres también se vieron afectados.
 - Se ha ocasionado un daño a su imagen frente a la sociedad, ya que actuó como padre del menor y lo publicitó como tal, teniendo que enfrentar las burlas y murmuraciones, dado que es evidente que al no ser el verdadero padre del menor, sufrió un engaño.

Mediante escrito de fecha primero de julio de dos mil trece (página ciento cincuenta y cuatro) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya contesta la demanda, con los siguientes fundamentos:

- Que inició una relación amorosa con el demandante en enero del año dos mil diez hasta diciembre del mismo año y se reinició en febrero de dos mil once a junio del mismo año, meses en los que ya estaba embarazada habiendo tomado conocimiento el demandante que ella tenía una relación con Carlos Alberto Zegarra Cuba.

- Es cierto que en abril de dos mil doce, le comunicó al demandante que existía la posibilidad que sea el padre de su menor hijo y este ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño, ejerciendo de facto su derecho de visitas.
- Que es cierto que tanto el demandante como su persona quieren esclarecer el vínculo paterno filial del menor con el fin que se tenga determinada su identidad, teniendo conocimiento que su codemandado desea también aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma, decisión con la que está de acuerdo.
- Solicita que se considere que siempre actuó de buena fe creyendo en su momento que el codemandado era el padre de su hijo; asimismo solicita se reconozcan los derechos y deberes del demandante para con el menor y se establezca formalmente el horario de visitas.

c) Fundamentos de la Casación

Sexto. El derecho a la identidad del menor y el principio de interés superior del niño

Este derecho está concebido no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Ello se infiere de los siguientes dispositivos:

1. La Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: “**1.** Los Estados Partes se comprometen a **respetar el derecho del niño a preservar** su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. **2.** Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su **identidad**” (resaltado agregado); y en concordancia con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los derechos civiles de los niños, **el derecho a su identidad**, pues expresamente señala: “El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos [...]”.

Sétimo. La identidad estática y la identidad dinámica.

El derecho a la identidad conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad” presentándose bajo dos aspectos “uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se exply en el mundo de la intersubjetividad”.

Octavo. En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:

1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
 2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
 3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
 4. En un principio la codemandada **Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor)** estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: *“Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, éste ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas”* (cursiva agregada). Luego, agregó: *“Que, la suscrita **también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión**”* (cursiva y resaltado agregado).
 5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: *“Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor”*; y, más adelante: *“Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre de S.”* (cursiva y resaltado agregado).
 6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/42.174,00) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvenición presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.
 7. En la continuación de la Audiencia de Pruebas realizada el treinta de octubre de dos mil catorce (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta *¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga?* Respondió: *“Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012”* (cursiva agregada).
- Noveno.** De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.
- Décimo.** Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido

identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aun no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápites precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha treinta de abril de dos mil quince (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada.

d) Decisión

INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por los demandados **Carlos Alberto Zegarra Cuba** (página setecientos cincuenta y cinco) y

Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (página setecientos cuarenta y dos); en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha cuatro de setiembre de dos mil diecisiete (página seiscientos noventa y ocho), dictada por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En el presente caso, con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido de quien lo reconoció y a quien reputa como su padre. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño. Por considerar que es conveniente para el menor que “su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica” y que “el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes”, es que la decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta estática de la identidad filiatoria por considerar que el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

4.2.7 Casación n°2726-2012 del Santa (Impugnación de paternidad, 2013).

a) Partes

Nolberto Hugo Roca Maza (demandante)
Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado)
Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)

b) Hechos

Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticona, primero: se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de

la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor.

Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.

c) Fundamentos de la Casación

DÉCIMO PRIMERO. - Que, el concepto de identidad personal presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer, Identidad y fecundación asistida, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aries, 2002, página 326].

DÉCIMO SEGUNDO. - Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios cuatro, que no fue tachado por los

demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.

DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, párrafo 59].

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

d) Decisión

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado

En el presente caso, con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal, continuado con un régimen de visitas. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Por considerar que es acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor es que la decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta estática de la identidad filiatoria por considerar que el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

4.2.8 Casación N°2236-2017 Lambayeque (Impugnación de Paternidad, 2018)

a) Partes

Nemecio Tocto Cruz (demandante)

Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada)

b) Hechos

El proceso se inició con motivo de la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por don Nemecio Tocto Cruz, a fojas veintiséis, planteando como pretensión principal que se declare que el menor de iniciales D.E.T.R. no tiene la condición de hijo matrimonial y, accesoriamente, se deje sin efecto el derecho alimentario que ostenta el menor y todo tipo de derechos derivados de la paternidad, cesando las obligaciones y deberes contraídos, oficiándose al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para los fines pertinentes. Para sustentar su demanda señaló que contrajo matrimonio con la demandada en el año mil novecientos noventa y uno, procreando dos hijos, pero que en el año dos mil diez su esposa cambió su conducta, comenzando a salir hasta altas horas de la noche, es entonces cuando comenzaron las discusiones entre ambos cónyuges y en medio de una de ellas, su esposa le dijo: “para que molestas si Diego no es tu hijo”; por tal motivo, el demandante indica que comenzó a presionar a su cónyuge para que le dijera la verdad, indicándole ésta que el verdadero padre del menor es el señor Luis Aguilar Peralta; entonces comenzó a indagar e investigar con personas muy cercanas a la demandada y amigos en común, quienes le reafirmaron que el padre del menor es el señor Luis Aguilar Peralta. Expresa que seguidamente demandó el divorcio por la causal de adulterio, ofreciendo como medio probatorio la prueba genética del ADN, la cual no se practicó ya que la demandada formuló oposición, declarándose fundada la misma. En tal sentido, solicita el actor que se aplique control difuso de los artículos 364 y 400 del Código Civil y se actúe la prueba genética del ADN en este proceso a fin de establecer la verdadera identidad del menor.

c) Fundamentos de la Casación

Décimo Cuarto. - En torno al derecho a la identidad el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc). La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que

eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificare del modo más adecuado a determinadas personas”.

El máximo intérprete de la Constitución ha definido entonces a este derecho fundamental a la identidad como un plexo de elementos tanto objetivos como subjetivos, los que en su conjunto definen el modo de ser de una persona, es decir, que la individualizan y, por ende, puede decirse que la identidad de una persona tiene una naturaleza compleja que abarca una multiplicidad de supuestos que deben ser evaluados en su integridad según el caso concreto. El Tribunal Constitucional tuvo en aquella ocasión la oportunidad de pronunciarse sobre el caso específico de la identidad sexual, la cual si bien está definida en principio por razones extrajurídicas de carácter biológico, es incuestionable que en determinados casos como el transexualismo, dichas bases bilógicas puedan ceder ante una identidad de tipo subjetiva o psicológica evocadora de la identidad propia de una persona, cuya personalidad no solo está determinada por el dato genético del recién nacido, sino que irá labrándose a lo largo de la vida de éste nuevo individuo; sin embargo, en el caso presente, creemos que nos encontramos ante un supuesto distinto, pues la realidad genética debe ser la base a partir de la cual, en ejercicio de su libertad personal, el individuo pueda adoptar las opciones que mejor convengan al libre desarrollo de su personalidad, no siendo admisible que los padres en un ejercicio abusivo del derecho que ostentan de decidir sobre las cuestiones que atañen a sus menores hijos, impongan a éstos una determinada identidad que no se corresponde con la realidad genética o biológica que le es propia, la cual creemos debe coincidir en la medida de lo posible con el núcleo familiar al que se inserte el menor, en tanto que la familia es reconocida como un instituto natural y fundamental de la sociedad según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, motivo por el cual no deben admitirse manipulaciones o injerencias que tiendan a distorsionarla, salvo supuestos legales de excepción como el caso de la adopción o suspensión de la patria potestad, por citar algún ejemplo.

[...]

Décimo Octavo. - Lo anterior permite concluir que los instrumentos internacionales que se interesan en el bienestar del niño buscan privilegiar la familia biológica, es decir, el vínculo jurídico que une al niño con sus verdaderos progenitores. En el caso concreto se tiene que la verdad biológica debe prevalecer sobre la verdad sociológica, pues si bien el menor fue criado en el seno de una relación matrimonial, a la fecha de

interposición de la demanda no existía un estado de posesión consolidado entre el menor y el demandante, en razón a que éste ya no convive con la demandada ni con el menor, lo cual se corrobora por el hecho de que ambas partes procesales han reconocido que aquél ha entablado una demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la demandada y tiene una nueva pareja con la cual ha procreado dos hijas.

Por consiguiente, esta Sala Suprema considera adecuada la inaplicación de los artículos 364 y 400 del Código Civil, pues una interpretación restrictiva de los mismos, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho de filiación, su nombre y la identidad, así como la posibilidad de pertenecer a una familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, y el derecho del padre y de la madre a que se reconozca y ejerza su paternidad; lo cual resulta acorde con el principio del interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Ello a fin de optimizar el derecho a la identidad del menor, el cual es un derecho fundamental reconocido por la Constitución y también en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que estipula que el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. También tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad; siendo obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal, y en caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Es bajo este contexto normativo nacional, supranacional y doctrinario, que se advierte que en el presente caso debe privilegiarse la verdad biológica en tanto la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial y por ello debe entenderse a hacer coincidir el estado de familia con la realidad biológica; tanto más si se tiene en cuenta que la filiación es fuente tanto de derechos como obligaciones de naturaleza económica que puedan afectar en el caso concreto a terceros, como sería el caso de los hijos biológicos del que ha contestado la paternidad en este proceso, al momento de concurrir en la sucesión hereditaria. En tal sentido, puede afirmarse que la identidad genética afecta no solo a aquél de cuya identidad se trata sino también a todos los que con este están entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco. En el caso concreto, el núcleo familiar básico que se le asignó al menor se ha desintegrado, pues el menor no goza de la posesión de estado con respecto al demandante, quien no solo ha terminado la relación sentimental con la madre del menor, sino que actualmente tiene otra familia en la que ha procreado dos hijas, quien además al impugnar su paternidad evidencia que no tiene intenciones de tratar como hijo al menor afectado, cuestión de hecho que revela que la familia no continúa su

convivencia normal; es decir, no existe más ese marco familiar real y afectivo que ha permitido su crecimiento; por lo que no existen razones para pensar que resultaría más beneficioso para el menor proteger una realidad familiar que ya no existe, por el contrario, es probable que aún esté a tiempo de entablar relaciones familiares afectivas con su verdadero padre biológico, por lo que resulta trascendental para resolver el conflicto presentado develar el vínculo biológico y determinar la verdadera filiación del menor, respetando de esta manera el derecho a la identidad de los involucrados.

Décimo Noveno.- Lo anterior evidencia la importancia que tenía para la dilucidación de la presente controversia la realización de la prueba genética del ADN; no obstante ello, en el caso concreto la misma no llegó a realizarse por entera responsabilidad de la madre del menor afectado; quien con su renuncia dio lugar a que las instancias de mérito ejercitaran la facultad establecida por el artículo 282 del Código Procesal Civil, norma que permite al Juez extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción; pues como se ha indicado líneas arriba la demandante no concurrió a la audiencia de pruebas programada por el juzgado hasta en tres oportunidades, sin mediar justificación alguna para ello, y siendo de vital relevancia para esclarecer el conflicto de intereses planteado en autos el sometimiento del menor a la prueba biológica del ADN, la cual no requiere de una invasión corporal de gran intensidad para la extracción de las muestras necesarias ni reviste riesgo alguno para la salud del menor, apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre; concluyéndose por tanto que es la falta de cooperación por parte de ésta última la que ha dado lugar a que las instancias de mérito evalúen su conducta obstruccionista obstaculizando no solo la actuación de los medios probatorios sino también la solución al conflicto de interés planteado, extrayendo conclusiones perjudiciales a dicha parte.

Al respecto, se sostiene que: “La conducta de las partes en juicio es una fuente de convicción, equiparable a un indicio, que puede ser recabada por el juez de acuerdo con las circunstancias específicas del caso y genera una presunción en contra de quien viola el deber de cooperación y, con ello, frustra el aporte de elementos idóneos para dilucidar el caso. La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos. En atención a esas máximas de experiencia se permite que el juez valore la conducta que estas asumen en el proceso. (...) cuando se aprecia la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, u otras actitudes de obstrucción, nos hace presumir que dicha parte procesal no tiene el derecho que reclama o resiste. El tenerlo conllevaría actuar con la celeridad y cooperación procesal necesaria y urgente para restablecer el

derecho conculcado”. En tal contexto, creemos que en este proceso resulta perfectamente aplicable dicha facultad establecida por la norma en comento, pues la prueba del ADN es el único medio probatorio de valor científico que permitiría determinar con certeza el vínculo parental entre el menor y el demandante; y ante la renuencia de la madre a concurrir con el menor para su sometimiento a la indicada prueba, solo nos quedaría el camino de recurrir a la fuerza, lo cual sería por lo menos cuestionable en un estado constitucional de derecho, o aplicar los mecanismos procesales idóneos que la ley franquea para estos supuestos, como es lo dispuesto por el referido artículo 282 del Código Procesal Civil, previo requerimiento y apercibimiento expreso y en respeto de las garantías procesales de un debido proceso, como ha sucedido en el presente caso. En efecto, en virtud de lo dispuesto por la norma indicada la conducta de las partes puede llevar al juez a sacar conclusiones en contra de quien las asume; pues para probar los hechos relevantes del proceso se requiere necesariamente de los medios probatorios aportados por las partes, pero si la parte no participa en el produce aplicando el principio de buena fe procesal para permitir que con los medios probatorios se pueda determinar la veracidad de las afirmaciones efectuadas, entonces no se podrá determinar la veracidad de las afirmaciones efectuadas, entonces no se podrá determinar la verdad de un hecho central y de suma importancia; por lo cual esta conducta nos puede conducir a extraer conclusiones que vayan en contra de quien asumió esta conducta.

En el caso concreto, el hecho indiciario lo constituye la negativa de la madre de someter al hijo al examen de ADN, el cual como se ha indicado en líneas precedentes no representa una intensa intromisión en la persona del menor ni riesgos en su salud y no concurren motivos justificados para la falta de colaboración en el esclarecimiento de los hechos por parte de la demandada; mientras que el sentido común nos indica que quien alega un derecho intentará no solo demostrarlo sino protegerlo y exigir que se respete; siendo posible concluir, por tanto, que quien no se somete a la prueba voluntariamente es porque teme un resultado adverso; lo cual permite inferir que el menor no sería hijo del demandante. La máxima de experiencia en este caso nos ayuda a vincular el hecho indiciario con el hecho a probar pudiendo concluir que a partir de la conducta procesal asumida por la madre del menor que no se sometió a la prueba de ADN con la finalidad de que no se puede con certeza si es o no hijo del demandante, lo que nos lleva a inducir que se presume que el menor no sería hijo del accionante. Por tal motivo, consideramos correcta la aplicación de la indicada disposición normativa que permite al juez extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso; lo cual ha permitido a las instancias de mérito arribar a una decisión de fondo dirimiendo el conflicto de intereses sometido a su conocimiento. Cabe agregar que los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en cuanto se trata de su identidad, verdad biológica y a conocer a sus padres representa un interés superior que debe prevalecer cuando se trata de conocer su identidad filiatoria, justificándose la inaplicación al caso concreto de las normas del Código Civil que impedirían establecer su verdadero origen biológico.

d) Decisión

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandada Adela Socorro Ramírez Huancas, con fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, obrante a fojas quinientos ochenta y nueve; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista expedida el treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas quinientos ochenta y uno, que confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por Nemecio Tocto Cruz

En el presente caso, no se actuó la prueba de ADN por la negativa de la parte demandada de someterse a ella; lo que fue valorado como un indicio en su contra, “apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre”. No hay evidencia de posesión constante de estado entre el demandante y el menor. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta estática de la identidad filiatoria por considerar que el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

4.2.9 Casación N°3456-2016 Lima (Impugnación de Paternidad, 2021).

a) Partes

Franklin Roger Bullón Calderón (demandante)
Sheila María Ezeta Gutiérrez (demandado)

b) Hechos

El demandante Franklin Roger Bullón Calderón interpone demanda de anulabilidad de reconocimiento paterno filial contra Sheila María Ezeta Gutiérrez y Kimberly Estrella Bullón Ezeta, a fin que se declare la nulidad total del acto jurídico constituido por el reconocimiento paterno filial realizado por su persona, contenido en la partida de nacimiento de fecha seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco de Kimberly Estrella Bullón Ezeta; asimismo, se declare la cancelación en la partida de nacimiento del apellido paterno de la titular y como consecuencia de la nulidad cese el ejercicio de la titularidad de los derechos derivados de la declaración de reconocimiento. Argumenta la demanda señalando que:

- Con fecha seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco, bajo inducción a error, falta de honestidad jurídica y claridad, efectuado por la codemandada Sheila María Ezeta Gutiérrez, reconoció como hija extramatrimonial a la señorita Kimberly Estrella Bullón Ezeta, bajo la falsa

creencia que había sido concebida por él, reconociendo a su favor todos los derechos que como supuesta hija le correspondían; que el acta de nacimiento que firmó, bajo la errónea presunción de paternidad, fue realizada con total ignorancia del verdadero origen biológico de la menor, por lo que incurriendo en error, reconoció la paternidad y todos los derechos que se derivan de él.

- Refiere que ante la insistente duda de su paternidad, es que con fecha veintiuno de octubre de dos mil nueve, realizaron una prueba de ADN, tomando conocimiento de que no existía verdaderamente un vínculo genésico, el que durante todo este tiempo se le hizo creer.

- Que este hecho le ha generado un grave daño psicológico, razón por la cual, se ve en la obligación de interponer la presente demanda solicitando la nulidad de acto jurídico de la partida de nacimiento de fecha seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco, que deja constancia del nacimiento de Kimberly Estrella Bullón Ezeta ocurrido el diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

- Lo que pretende no es despojar a la reconocida de un *“status filii”* por un cambio en su deseo como reconocedor, sino es develar la inexistencia de un requisito objetivo (el de la paternidad) que debe concurrir al reconocimiento, en la medida que estaba afirmando una realidad biológicamente inexistente.

c) Fundamentos de la Casación

OCTAVO. - Sin duda, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva.

NOVENO. - El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”* presentándose bajo dos aspectos *“uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la intersubjetividad”*.

DÉCIMO. - Siendo ello así, a criterio de este Tribunal Supremo, 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.

DÉCIMO PRIMERO. - Es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara sólo en supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones que no especifica y realizando su impugnación catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Así las cosas, si bien para casos como éstos es

posible inaplicar los plazos establecidos en 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 la paternidad, ello solo es posible cuando la actuación probatoria acredite el vicio que se alega; lo contrario, significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

DÉCIMO SEGUNDO. - En tales circunstancias, no solo se vulnera el artículo 2.1 de la Constitución del Estado, que regula el derecho a la identidad, sino además se afecta el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicho dispositivo se ha diseñado para la defensa de los intereses del menor y no para beneficio de los padres. Así, la norma es clara al indicar que: “*el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad*”. De otro lado, el propio Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por la menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a ella, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarla anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante quince años ha llevado consigo la menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior de la menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

DÉCIMO TERCERO. - Dicho perjuicio no puede ser tolerado, más aún si la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: “*1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su **identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su **identidad** o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su **identidad***”.

DÉCIMO CUARTO. - Es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada de manera imprecisa que el demandante no explicita, después de más de catorce años de nacimiento de su hija y en circunstancias en que el demandante no acredita que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar.

DÉCIMO QUINTO. - Hay que señalar que el mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo

de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que no tiene en cuenta la identidad que ha forjado en su relación con su hija.

DÉCIMO SEXTO. - Este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado -como en este caso- que la menor considere al demandante como su padre.

d) Decisión

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandada **Sheila María Ezeta Gutiérrez** a título personal y en representación de **Kimberly Estrella Bullón Ezeta** (fojas veinte del cuaderno de casación); en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis (fojas ochocientos setenta y seis) dictada por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada, con lo demás que contiene; **actuando en sede de instancia: REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de agosto de dos mil quince (fojas setecientos noventa), que declara fundada la demanda, **REFORMÁNDOLA** la declararon **infundada**.

En el presente caso, el demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria por la existencia entre ellos de una posesión constante de estado por 15 años desde el reconocimiento; por lo que, se optó por la preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

4.2.10 Casación N°1622-2016 Puno (Impugnación de Paternidad, 2017)

a) Partes

Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante)
Marleny Quispe Romero (demandado)

b) Hechos

Jaime Raúl Soncco Ramos interpone demanda contra Marleny Quispe Romero, subsanada a fojas veintiuno, teniendo como pretensión principal que se declare la impugnación del reconocimiento, en el rubro que aparece en la partida de nacimiento como padre de la menor Roshelyn Soncco Quispe, inscrito con el número 62334858 del Libro de Registro de Nacimientos, correspondiente al año dos mil dos, de la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Puno y, de la menor Rafaela Melina Soncco Quispe, inscrito con el número 68499573 del Libro de Nacimientos correspondiente al año dos mil doce, de la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Puno; de tal manera que se establezca la verdadera identidad de las dos menores y, como pretensión accesoria, la indemnización por daño moral por ejercicio irregular de la acción civil.

Expone en forma genérica como fundamentos de hecho de sus petitorios los siguientes:

- a) Que las dos menores han sido procreadas por la demandada y reconocidas por el demandante.
- b) El reconocimiento de las dos menores fue hecho por ambos, como padre y madre biológicos; sin embargo, la madre, aprovechándose de su buena fe y relación de enamoramiento (informal y esporádico) hizo que las reconociese, lo cual no refleja de ningún modo la paternidad que indebida y dolosamente se le atribuye.
- c) La demandada sostiene alegremente, como producto de su imaginación que habría mantenido vida convivencial con el suscrito y haber procreado a la menor Roshelyn Soncco Quispe y que por ello recibe una pensión de alimentos del 29 % (veintinueve por ciento) de los haberes, que percibe en su condición de Ingeniero Geólogo, a sabiendas que el suscrito adolece de impotencia absoluta y una absoluta imposibilidad física para mantener relaciones sexuales con la demandada en el periodo legal de la concepción.
- d) Lo más condenable es que la menor no es su hija y por comentarios de las personas allegadas a la demandada, quienes referían que la hija reconocida por el suscrito tendría su padre biológico legítimo, es que preocupado y con la duda, a fin de descartar dichos comentarios, se sometió a la prueba de ácido desoxirribonucleico, conjuntamente con su presunta hija Roshelyn Soncco Quispe, en los laboratorios GENETICS, el siete de junio del dos mil trece, corroborado con el test realizado en los laboratorios CONCEBIR de la ciudad de Lima, resultado que aparece en el Espermatograma, arrojando en la parte morfológica normales 14% (catorce por ciento) y anormales 86% (ochenta y seis por ciento), que quiere decir que se encuentra privado de reproducir.

En dicha tabla se observan 3 loci con alelos que no comparte el padre presunto con la hija y que necesariamente provienen del padre biológico, Dado lo anterior la probabilidad de paternidad es de 0%.
CONCLUSION: Se excluye la paternidad de la hija (LTJ-800122h) respecto del padre presunto analizado (LTJ- 800121 P). No obstante, se sugiere analizar muestras de la madre para así comprobar que ésta efectivamente lo sea, ya que de lo contrario la exclusión antes señalada se explicaría por otra situación. Por lo que resulta que el

demandante no es el padre biológico de la menor cuya paternidad cuestiona.

- e) Que como consecuencia del examen que se le ha realizado, también tiene dudas respecto de la paternidad de la menor Rafaela Melina Soncco Quispe, y a fin de descartarla solicita se disponga la realización de la prueba científica del ácido desoxirribonucleico.

c) Fundamentos de la Casación

Séptimo: Que si bien, conforme se tiene indicado en esta resolución, la casación ha sido declarada procedente para analizar en fondo causales procesales, nada impide que sustentándose en las razones ya expuestas, este órgano jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento de contenido material, con mayor razón si en esencia lo que se está procurando es la protección de derechos de contenido subjetivo constitucional, como el interés superior del niño y el derecho a la identidad, y sobre todo los hechos en que sustenta en su demanda sobre impugnación de paternidad.

Octavo: Que dentro de la estructura de la pretensión tenemos el petitum, que en este caso se entiende que es la declaración de nulidad del acto jurídico del reconocimiento, sustentándose como causa petitum, específicamente como fundamento de hecho, en la afirmación efectuada por el demandante del comportamiento que califica de “doloso y de mala fe” de la madre de la menores reconocidas, la demandada Marleny Quispe Romero, quien según afirma el demandante, aprovechándose de una relación sentimental que califica como “informal y esporádica” adoptó un comportamiento que viciaría la voluntad declarada por el demandante dirigida a efectuar el reconocimiento de dichas menores como sus hijas. Afirmación que exige al demandante dar cumplimiento a la carga probatoria impuesta por el artículo 196 de nuestro Código Procesal Civil vigente, y al no haber dado cumplimiento a dicha carga corresponde aplicar los efectos establecidos por el artículo 200 de nuestro aludido Código Adjetivo, esto es, no tener por verdaderas sus afirmaciones y declarar infundada su pretensión.

Noveno: Prima facie, resulta necesario ratificar la posición adoptada por esta Sala al resolver la Casación N°1900-2014/Loreto, en la que igualmente se discutió como pretensión la impugnación de reconocimiento, estableciéndose en el considerando Décimo cuarto que “(...) si bien la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, no es el único registro que permita entender ésta, lo que no implica que no deba reconocerse dicho acercamiento.

En efecto, a pesar de su importancia, el dato biológico otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva.

De allí que se haya señalado que el derecho a la identidad constituye: “el conjunto de atributos y característica que permiten individualizar a la persona en sociedad” presentándose bajo dos aspectos “uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto

dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explya en el mundo de la intersubjetividad”.

Siendo ello así cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato bilógico es incuestionable implica otorgar una “santidad” a un hecho que no puede ceder ante otras realidades. Tal reduccionismo es tan absurdo como el de las presunciones incuestionables que no pueden tolerarse. Precedente que resulta aplicable al presente caso, si se resalta que el demandante formula esta petición después de trece años de haber mantenido la vinculación parental con la menor Roshelyn Soncco Quispe.

Décimo: En buena cuenta, cuando se impugna la paternidad de una persona ello no puede justificarse sólo en el dato genético, pues implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo de su vida. En ese contexto, no puede ignorarse la propia voluntad exteriorizada, tanto más si la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si se ha generado la existencia de documentación filiatoria a favor de alguien y una historia compartida que no se puede eliminar de manera unilateral.

Décimo primero: En esa perspectiva, no puede dejar de meritarse que la voluntad de reconocer a un menor es plena y que de manera libre se aceptó la paternidad con las consecuencias que ello acarrea. 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 un persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre), que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad, pues amparar razonablemente analizando el caso concreto demandas que no se sujeten a estas consideraciones, significaría que los tribunales de justicia fomenten impugnaciones por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre sobre la identidad de las personas.

Décimo segundo: En esa misma perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”. De otro lado, el mismo código prescribe que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior.

Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por la menor; así, no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene la menor, lo que de ninguna forma, supone preservar el interés superior del niño; mas por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

Décimo tercero: Tal perjuicio no puede ser tolerado, más aún si la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del

niño a **preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. **2.** Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el “(...) Derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...)”. Luego, en la sentencia dictada en el expediente número 2273-2005-PHC/TC, ha indicado que: “(...) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera) (...)”.

Precepto que se encuentra recogido por el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño y por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los Derechos Civiles de los Niños, el derecho a su identidad; pues expresamente señala: “El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (...)”.

Décimo cuarto: Establecido el marco teórico sobre lo que este Tribunal Supremo estima que es el derecho a la identidad, la pregunta que debe contestarse es si las afirmaciones del demandante superan el test de rigurosidad, cuyas características se han señalado en los considerandos precedentes, para declarar la impugnación del reconocimiento.

Décimo quinto: En ese contexto, se observa que el demandante indica de manera sucesiva que, por la conducta de la demandada, quien aprovechándose de su buena fe y de la relación de enamoramiento, ha reconocido a la menor. Expresamente señala: “Que las dos menores han sido procreadas por la demandada y reconocidas por el demandante. El reconocimiento de las dos menores fue hecho por ambos, a entender del demandante como padre y madre biológicos, sin embargo, la madre, aprovechándose de su buena fe y relación de enamoramiento (informal y esporádico) hizo que las reconociese, lo cual no refleja de ningún modo su paternidad que indebida y dolosamente se le atribuye. (...) por ello preocupado y con la duda, a fin de descartar dichos comentarios, es que se sometió a la prueba de ADN, conjuntamente con su presunta hija Roshelyn Soncco Quispe, en los laboratorios GENETICS, el siete de junio del dos mil trece (...), con el resultado, la probabilidad de paternidad es de 0%.

Décimo sexto: Para este Tribunal Supremo dichos elementos no han acontecido aquí. En efecto, lo que se ha demostrado en el proceso es:

- a) Que el demandante tuvo una relación convivencial con la demandada.
- b) Como consecuencia de dicha relación convivencial es que el demandado reconoce a las menores Roshelyn Soncco Quispe y Rafaela Melina Soncco Quispe, conforme se desprende de las partidas adjuntadas al escrito de demanda.
- c) Que el reconocimiento fue realizado de manera voluntaria por el demandante.
- d) Que el demandante contribuyó a los gastos que habría demandado el desarrollo de su hija.

Y que si bien es cierto la prueba del ADN arroja resultado negativo (dato biológico, identidad estática) ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica).

d) Decisión

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por **Marleny Quispe Romero**, obrante a fojas doscientos noventa y nueve, en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución número cuarenta y dos de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos noventa y dos, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno; actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número treinta y dos, de fecha veintitrés de agosto de dos mil quince, que declara fundada en parte la demanda y **Reformándola** declararon infundada la pretensión principal, que debe entenderse como anulabilidad de acto jurídico de reconocimiento de paternidad, respecto de la menor Roshelyn Soncco Quispe, la confirmaron en lo demás extremos que contiene, salvo el de la condena al pago de costos y costas a la parte demandada, dejándolo sin efecto, al haberse declarado infundada la demanda, sin costos ni costas para el demandante.

En el presente caso, el demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La decisión de la Sala Suprema refleja la preeminencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria por la existencia entre ellos de una posesión constante de estado por 13 años desde el

reconocimiento y la no presencia de un presunto padre biológico por la falta de actuación de la prueba de ADN; por lo que, se optó por la preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.



CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Criterios judiciales para imponer la visión biparental en casos de disputa de paternidades por naturaleza

Los resultados obtenidos de las guías de análisis documental en relación con 10 sentencias en casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República demuestran la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad; apreciándose la negación de la existencia de la multiparentalidad, en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

5.1.1 Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria.

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria. La referida solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza es reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, a propósito del Tema 2 sobre la temática de “la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación” (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 22):

en los procesos de filiación, ya sea en los que se pretende el reconocimiento de la paternidad o en los que se impugna la paternidad, pues es muy común que en los mismos, la prueba determinante sea la prueba de ADN, en base a la cual se suele resolver dichos conflictos.

En la siguiente tabla se presentan estos casos:

Tabla 2

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN N°2151-2016 JUNIN	Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante) Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado)	Se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumentó la existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
CASACIÓN N°04976-2017 LIMA	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
CASACIÓN N°2726-2012 DEL SANTA	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
CASACIÓN N°2236-2017 LAMBAYEQUE	Nemecio Tocto Cruz (demandante) Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada)	No se actuó la prueba de ADN por la negativa de la parte demandada de someterse a ella; lo que fue valorado como un indicio en su contra, apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre. Se argumentó la inexistencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Fuente: Elaboración propia

En estos casos, se expone que la primacía de la faceta estática de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; por lo que, en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. Siendo así, en caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera por guardar relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y, b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.

El primer grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 3

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN JUNIN N°2151-2016	Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante) Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado)	Se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumentó la existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
CASACIÓN LAMBAYEQUE N°2236-2017	Nemecio Tocto Cruz (demandante) Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada)	No se actuó la prueba de ADN por la negativa de la parte demandada de someterse a ella; lo que fue valorado como un indicio en su contra, apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre. Se argumentó la inexistencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Fuente: Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en ambos casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento; y, b) Inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor. Sin embargo, muestran diferencias en cuanto a la existencia o no de posesión de estado de familia entre el demandante y el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad por quien practicó el reconocimiento, en ambos casos se admitió que la actual normatividad del Código Civil sobre esta materia contiene restricciones ilegítimas al derecho a la identidad. En la Casación N°2151-2016 JUNIN, sobre impugnación de la paternidad extramatrimonial, se precisó ello respecto del artículo 395 del Código Civil que postula la irrevocabilidad del reconocimiento. Así, se expuso que:

No podría negarse el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para dar solución a la discordancia entre la voluntad declarada de un hijo extramatrimonial, de quien no conocía que no era realmente su hijo y la verdad biológica determinada mediante la prueba de ADN a efectos de establecer el vínculo filial del menor. Es entonces en dicha circunstancia en la que se cuestiona el acto de reconocimiento voluntario en que la voluntad inicial del declarante, en la creencia de que el reconocido era realmente su hijo, cuando en realidad no era el padre, se advierte que el artículo 395 del Código Civil restringe el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, así como el derecho a la identidad del menor que justifica que conozca a su verdadero progenitor, cuando se haya demostrado que no existe nexo biológico entre el demandante y el menor.

Por otro lado, en la Casación N°2236-2017 LAMBAYEQUE, sobre impugnación de paternidad matrimonial, se precisó ello sobre los artículos 364 y 400 del Código Civil que postulan un plazo de caducidad de 90 días desde el parto para impugnar la paternidad matrimonial o desde aquel en que se tuvo conocimiento del acto para impugnar la paternidad extramatrimonial, respectivamente. Así se expuso que:

Por consiguiente, esta Sala Suprema considera adecuada la inaplicación de los artículos 364 y 400 del Código Civil, pues una interpretación restrictiva de los mismos importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho de filiación, su nombre y la identidad, así como la posibilidad de pertenecer a una familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, y el derecho del padre y de la madre a que se reconozca y ejerza su paternidad.

Respecto a la inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor, en ambos casos se consideró la primacía de la verdad biológica ante la voluntad declarada por quien desconocía dicha realidad. Así, en la Casación N°2151-2016 JUNIN, con la prueba de ADN se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció; mientras que en la Casación N°2236-2017 LAMBAYEQUE, si bien ello no quedó comprobado directamente por la negativa de la parte demandada de someterse a la prueba de ADN, tal conducta procesal fue valorada como un indicio en su

contra que, aunado a la verosimilitud sobre la no paternidad del demandante, la sindicación sobre el presunto padre biológico y la interposición de una demanda de divorcio por adulterio, determinó considerar la inexistencia de la faceta estática de la identidad filiatoria.

Con relación a la posesión de estado de familia entre el demandante y el menor, en la Casación N°2151-2016 JUNIN ello no fue expuesto en la demanda y, por lo mismo, no fue considerada su existencia en la argumentación del Supremo Tribunal. En este caso, el análisis se centró únicamente en la faceta estática de la identidad filiatoria, afirmándose que la decisión adoptada es acorde con el interés superior del niño por cuanto:

no se imposibilita la plena vigencia del derecho del menor a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, por cuanto al ser contrario a la realidad, el reconocimiento practicado por quien no era el padre biológico del menor se está afectando el derecho fundamental a conocer su verdad biológica.

En cambio, en la Casación N°2236-2017 LAMBAYEQUE la consideración a la inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante ha sido determinante para la decisión adoptada por el Supremo Tribunal; destacando que, como el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca de privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos,

se tiene que la verdad biológica debe prevalecer sobre la verdad sociológica, pues si bien el menor fue criado en el seno de una relación matrimonial, a la fecha de interposición de la demanda no existía un estado de posesión consolidado entre el menor y el demandante, en razón a que éste ya no convive con la demandada ni con el menor, lo cual se corrobora por el hecho de que ambas partes procesales han reconocido que aquél ha entablado una demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la demandada y tiene una nueva pareja con la cual ha procreado dos hijas.

En la misma línea, se resalta más aún lo fundamental de privilegiar la faceta estática por considerar que ello permitirá la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico. Así se precisa:

En el caso concreto, el núcleo familiar básico que se le asignó al menor se ha desintegrado, pues el menor no goza de la posesión de estado con respecto al demandante, quien además al impugnar su paternidad evidencia que no tiene intenciones de tratar como hijo al menor afectado, cuestión de hecho que revela que la familia no continúa su convivencia normal; es decir, no existe más ese marco familiar real y afectivo que ha permitido su crecimiento; por lo que no existen razones para pensar que resultaría más beneficioso para el menor proteger una realidad familiar que ya no existe, por el contrario, es probable que aún esté a tiempo de entablar relaciones familiares afectivas con su verdadero padre biológico, por lo que resulta trascendental para resolver el conflicto presentado develar el vínculo biológico y determinar la verdadera filiación del menor, respetando de esta manera el derecho a la identidad de los involucrados.

Como se ha visto, los casos analizados en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se basan en la idea que en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú se privilegia el presupuesto biológico que surge de la procreación; por lo que, debe tenderse a la coincidencia del estado de familia con la verdad genética.

El segundo grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 4

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN N°04976-2017 LIMA	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien el menor reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
CASACIÓN N°2726-2012 SANTA	DEL Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Fuente: Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en ambos casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante; b) Existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor; y, c) Existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad de quien practicó el reconocimiento, en la Casación N°04976-2017 LIMA ello no fue un problema pues el artículo 399 del Código Civil legitima a impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial a quienes no hayan intervenido en dicho acto; situación en la que se encuentra el demandante, quien a su vez reclama la paternidad. En cambio, en la Casación N°2726-2012 DEL SANTA, por tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial se tuvo que recurrir al control de constitucionalidad de los artículos 396 y 404 del Código Civil que sólo lo autorizan cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sentencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se las considera normas que restringen ilegítimamente el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que:

resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

Respecto a la existencia del vínculo biológico, en ambos casos se acreditó con la prueba de ADN que el demandante es el padre biológico del menor.

Con relación a la posesión de estado de familia, en ambos casos se acreditó su existencia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor; presentándose, así, el conflicto entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria, que el Supremo Tribunal resolvió a favor de la primera.

En la Casación N°04976-2017 LIMA resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo; quien, en la entrevista sostenida con el Juzgado, “manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste lo visita”. Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que, se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así se expone:

Octavo. En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:

1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
4. En un principio la codemandada **Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor)** estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: *“Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, éste ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas”* (cursiva agregada). Luego, agregó: *“Que, la suscrita **también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión**”* (cursiva y resaltado agregado).
5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: *“Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor”*; y, más adelante: *“Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el*

demandante pueda ser legalmente el padre de S.” (cursiva y resaltado agregado).

6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/42.174,00) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvencción presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.

7. En la continuación de la Audiencia de Pruebas realizada el treinta de octubre de dos mil catorce (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: “*Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012*” (cursiva agregada).

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aun no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los

Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápites precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha treinta de abril de dos mil quince (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada.

De otro lado, en la Casación N°2726-2012 DEL SANTA también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado -marido de la madre y padre afectivo de la menor- asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal; señalando que

por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.

Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante: “la niña se identifica con su familia,

incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso”.

Es en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación.

5.1.2 Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria. En la siguiente tabla se presentan estos casos:

Tabla 5

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN Nº4430-2015 HUAURA	Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante) Yelitza Lucía Verde Agama (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 6 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN Nº3797-2012 AREQUIPA	Simón Coyla Quispe (demandante) Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN Nº1622-2015 AREQUIPA	Esteban Ccopa Ojeda (demandante) Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones del hijo de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, 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.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

CASACIÓN N°950-2016 AREQUIPA	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de 9 años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACION N°3456-2016 LIMA	Franklin Roger Bullón Calderón (demandante) Sheila María Ezeta Gutiérrez (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 15 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN N°1622-2016 PUNO	Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante) Marleny Quispe Romero (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 13 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, 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.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Fuente: Elaboración propia

En estos casos, se expone que la primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad,

el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Por eso,

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, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí 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. CASACIÓN N°4430-2015 HUAURA (Impugnación de paternidad, 2017).

De acuerdo con ello, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente ni tampoco un elemento necesario para su constitución, pues tal relación jurídica es posible que proceda de un acto de voluntad como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que hay que preservar frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y, b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.

El primer grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 6

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN N°4430-2015 HUAURA	Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante) Yelitza Lucía Verde Agama (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 6 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN N°3797-2012 AREQUIPA	Simón Coyla Quispe (demandante) Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN N°1622-2015 AREQUIPA	Esteban Ccopa Ojeda (demandante) Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones del hijo de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, 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.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACION N°3456-2016 LIMA	Franklin Roger Bullón Calderón (demandante) Sheila María	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato

	Ezeta Gutiérrez (demandado)	el demandante y la hija por 15 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
CASACIÓN N°1622-2016 PUNO	Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante) Marleny Quispe Romero (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 13 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, 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.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Fuente: Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en todos los casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante; b) Impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos; c) Existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo; d) No identificación del verdadero padre biológico; e) Actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante (solo en la Casación N°1622-2015 AREQUIPA, Casación N°3456-2016 LIMA y Casación N°1622-2016 PUNO); y, f) Preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

En efecto, en todos los casos analizados el demandante realizó el reconocimiento voluntario y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial.

Asimismo, en todos los casos estudiados la impugnación de paternidad se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones improbadas de que el demandante no es el padre, atribuidas a la madre (Casación N°4430-2015 HUAURA y Casación N°3797-2012 AREQUIPA) o a terceros (Casación N°1622-2015 AREQUIPA, Casación N°3456-2016 LIMA y Casación N°1622-2016 PUNO), que no generan verosimilitud en la exculpación.

Igualmente, en todos los casos evaluados existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo. Así, en la Casación N°4430-2015 HUAURA el trato familiar se desarrolló por 6 años desde el reconocimiento; mientras que, en la Casación N°3797-2012 AREQUIPA se desarrolló por 17 años y en la Casación N°1622-2015 AREQUIPA por 16 años. En la Casación N°3456-2016 LIMA, además de las vivencias familiares por 15 años, se destaca la opinión de la menor:

La menor no ha cuestionado su identidad; de hecho prestó declaración, tal como es de ver a folios ochocientos cincuenta y ocho, señalando, a la pregunta si conoce al demandante: “sí lo conozco desde que tengo uso de razón, es mi padre; él es mi imagen paterna, con él he asistido al Colegio en el día del Padre”. Y, más adelante: “mi papá Roger (...) me sacaba a pasear los fines de semana, siempre iba a la casa de mis abuelitos Fresia y Fernando”, para agregar después: “yo lo considero que es mi padre”.

En la Casación N°1622-2016 PUNO se expone la existencia de una posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 13 años, de esta manera:

ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de

edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica).

Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés superior del niño del caso en concreto pues de prosperar la impugnación de paternidad su identidad filiatoria quedará indefinida. Así, en la Casación N°3797-2012 AREQUIPA se precisa:

De otro lado, el propio Código de los Niños y Adolescentes menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

En la Casación N°1622-2015 AREQUIPA el perjuicio se pone en relevancia respecto de los efectos personales y patrimoniales que surgen del vínculo paternofilial:

En efecto, 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.

La misma línea de criterio se destaca en la Casación N°3456-2016 LIMA y en la Casación N°1622-2016 PUNO:

En esa misma perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”. De otro lado, el mismo código prescribe que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior.

Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por la menor; así, no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene la menor, lo que de ninguna forma, supone preservar el interés superior del niño; más por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

Respecto a la actuación de la prueba de ADN, se debe señalar que en la Casación N°4430-2015 HUAURA no se practicó la prueba de ADN por la negativa de la madre justificada en no querer exponer a su hija a una situación traumática; mientras que en la Casación N°3797-2012 AREQUIPA no hay referencia alguna sobre ello.

En cambio, tanto en la Casación N°1622-2015 AREQUIPA, como en la Casación N°3456-2016 LIMA y en la Casación N°1622-2016 PUNO, se actuó la prueba de ADN y se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor. A pesar del resultado favorable a la parte accionante, en todos los casos el Supremo Tribunal señaló que:

cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato biológico es incuestionable implica otorgar una “santidad” a un hecho que no puede ceder ante otras realidades. Tal reduccionismo es tan absurdo como el de las presunciones incuestionables que no pueden tolerarse.

De acuerdo con ello, en la Casación N°1622-2015 AREQUIPA se resaltan los perjuicios que provoca para el hijo el desconocer la faceta dinámica de la identidad biológica:

En efecto, 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.

Mientras que, en la Casación N°3456-2016 LIMA se califica como un proceder arbitrario del demandante el pretender desconocer la faceta dinámica de la identidad filiatoria:

Hay que señalar que el mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que no tiene en cuenta la identidad que ha forjado en su relación con su hija.

En la Casación N°1622-2016 PUNO se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como su padre, generando una posesión constante de estado de familia que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria:

Y que si bien es cierto la prueba del ADN arroja resultado negativo (dato biológico, identidad estática) ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un

profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica).

Finalmente, en todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. De los casos analizados, se comprueba que el Supremo Tribunal ha utilizado idénticos argumentos para la aplicación de los artículos 399 (la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento) y 400 (caducidad de la acción) del Código Civil y, con ello, la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, basado en lo siguiente:

En esa perspectiva, no puede dejar de meritarse que la voluntad de reconocer a un menor es plena y que de manera libre se aceptó la paternidad con las consecuencias que ello acarrea. 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 un persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre), que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad, pues amparar razonablemente analizando el caso concreto demandas que no se sujeten a estas consideraciones, significaría que los tribunales de justicia fomenten impugnaciones por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre sobre la identidad de las personas. CASACIÓN N°1622-2016 PUNO (Impugnación de Paternidad, 2017).

Es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada de manera imprecisa que el demandante no explicita, después de más de catorce años de nacimiento de su hija y en circunstancias en que el demandante no acredita que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar. CASACION N°3456-2016 LIMA (Impugnación de Paternidad, 2021).

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 opuestos 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. CASACIÓN N°1622-2015 AREQUIPA (Impugnación de paternidad, 2016).

El segundo grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 7

Caso en el que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN N°950-2016 AREQUIPA	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de 9 años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Fuente: Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian los elementos del caso para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante; b) Existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor; y, c) Existencia de posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad, por tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial las instancias de mérito tuvieron que recurrir al control de constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil que sólo lo autorizan cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sentencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se las considera normas que restringen ilegítimamente el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que toda persona tiene derecho “para reclamar la determinación de su filiación o impugnarla, en todo momento, sobre la base de la prueba del vínculo biológico entre progenitor y el hijo o hija, como ha ocurrido en el caso de autos”.

Sin embargo, el Supremo Tribunal considera que en este caso “la titularidad de la acción o el interés del demandante se pretende hacer valer en relación a la identidad dinámica determinada de la niña Fiorella Kathy Medina Sánchez, la que prevalece en concordancia con el interés superior del niño”. Para llegar a esta conclusión, se resalta la mayor importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria:

el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: **el estático** que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y **el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal**, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe

ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano (el subrayado es nuestro).

Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, el Supremo Tribunal privilegió la posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor; precisándose que ello no fue tomado en cuenta por las instancias de mérito y que quedó demostrada con el Informe Social, la Evaluación Psicológica y la Opinión de la Menor, así:

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala *“La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente”* así como del el examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: *“A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada”*, a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

SEXTO. - De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente: *“(…) que vive con sus hermanos ellos son cuatro (…) todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto;(…) ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver (...) ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. (...)”*. De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno "Medina".

5.2 Negación de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales

En tres de los casos analizados concurren dos presuntos padres (biológico y afectivo) en la disputa de paternidades, en los que se impuso la biparentalidad como solución; privilegiando, en dos de ellos, la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria. Así se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 8

Casos de disputa de paternidades por naturaleza, con la concurrencia de dos presuntos padres, en los que se desconsideró la multiparentalidad.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
CASACIÓN N°04976-2017	César Humberto Moran Murga (demandante)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien el menor reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
LIMA	Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)		
CASACIÓN N°2726-2012	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
DEL SANTA	Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)		
CASACIÓN N°950-2016	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de 9 años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
AREQUIPA	Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)		

Fuente: Elaboración propia

En la Casación N°04976-2017 LIMA resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo; quien, en la entrevista sostenida con el Juzgado, “manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste lo visita”. Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que, se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así se expone:

Octavo. En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:

1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
4. En un principio la codemandada **Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor)** estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: *“Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, éste ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas”* (cursiva agregada). Luego, agregó: *“Que, la suscrita **también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión**”* (cursiva y resaltado agregado).
5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: *“Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor”*; y, más adelante: *“Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el*

demandante pueda ser legalmente el padre de S.” (cursiva y resaltado agregado).

6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/42.174,00) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvencción presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.

7. En la continuación de la Audiencia de Pruebas realizada el treinta de octubre de dos mil catorce (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: “*Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012*” (cursiva agregada).

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aun no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los

Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápites precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha treinta de abril de dos mil quince (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada.

Resulta relevante analizar la negación de la multiparentalidad, a fin de dejar sentado que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento. En efecto, en el fundamento jurídico décimo de la Casación N°04976-2017 LIMA se expone que “la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado”. Tomando en cuenta ello y la opinión del menor, se confirma la existencia de la multiparentalidad.

Sin embargo, se estimó que tal situación constituye una puesta en peligro del estado emocional del menor y una distorsión a su identidad. Tales afirmaciones deben ser apreciadas dentro del contexto del caso en concreto. Así, las incongruentes actuaciones de las partes –que en un inicio están destinadas a que se “esclarezca la identidad del menor”, y luego a que se mantenga la situación preexistente al momento de interponer la demanda- y el hecho que el

demandante (padre biológico) pagara una compensación económica al demandado (padre afectivo) por las atenciones brindadas al menor, permiten afirmar que ni siquiera las mismas partes tenían conciencia de la multiparentalidad presente. Por eso, fue apreciado por el Supremo Tribunal como una situación que crea confusión en el menor -titular del derecho a la identidad-, perjudicando su superior interés. Ello confirma que este caso no constituye un precedente negativo para el reconocimiento de la multiparentalidad.

De otro lado, en la Casación N°2726-2012 DEL SANTA también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado -marido de la madre y padre afectivo de la menor- asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal; señalando que

por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.

Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante: “la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso”.

De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las

necesidades y atenciones de la niña, en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Es en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación.

En la Casación N°950-2016 AREQUIPA no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, en este caso la posesión constante de estado sólo se desarrolló entre el demandado (padre afectivo) y la menor y, en consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, siendo el padre biológico un desconocido para ella; por lo que, se optó por la preservación de la identidad. De

acuerdo con ello, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.

5.3 Existencia de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales

De acuerdo a lo expuesto, es en la Casación N°04976-2017 LIMA en la que se comprueba la existencia de elementos configurantes de la multiparentalidad; sin embargo, por sus incongruentes actuaciones, las partes no tuvieron conciencia de ello y, por eso, fue apreciado por el Supremo Tribunal como una situación que crea confusión en el menor -titular del derecho a la identidad-, perjudicando su superior interés. Ello confirma, por un lado, la negación judicial de la multiparentalidad y, por otro, que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Lo mismo sucede con la Casación N°2726-2012 DEL SANTA en la que se comprueba que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Debe recordarse que situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los elementos siguientes: “a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade” (Lóbo, 2008, p. 6).

Conforme a ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida,

de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico.

5.4 Redefinición de la identidad filiatoria y de la responsabilidad parental desde la multiparentalidad

Como se señaló, para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta necesario precisar el contenido y alcances del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues en la eficacia integradora de éste -frente al Código Civil de 1984 que no la regula- se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Así, es verdad que el principio binario de la filiación y, consecuentemente, de la responsabilidad parental -según el cual, nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno- encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6° de la Constitución de 1993 en alusión al “principio de paternidad y maternidad responsables” y del numeral 1 del artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño en referencia al “principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. De la expresión “ambos padres” contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Ahora, siendo que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde el punto

de vista estático, está constituida por el dato biológico y, desde el punto de vista dinámico, está constituida por el dato afectivo, resulta evidente que tales facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas y, al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Vale decir, que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, materno o paterno; por lo que, la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional.

Siendo así, la multiparentalidad redefine la identidad filiatoria y la responsabilidad parental por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; resultándole, por tanto, pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados.

5.5 Determinación del reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales

Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Su regulación determinará considerar que, si bien “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales”, ello no limita el número de integrantes del nexo materno o paterno cuando se presenten situaciones de multiparentalidad.

La previsión normativa de esta última destaca que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que deben ambas preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.

No obstante, en tanto no se produzca su positivización, el interés superior del niño exige preservar el “triángulo afectivo” en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

En su organización jurídica debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos

en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado al comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de éste de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, y, la *fama* o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”, expresamente aludidos en el artículo 6° de la Constitución.

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de

la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La aludida coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Contribuirá a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo; tanto para la creación de los vínculos paternofiliales, como la prevención de conflictos de parentalidad.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Culminada la presente investigación, hemos arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

6.1 Conclusiones

1. Los resultados obtenidos de las guías de análisis documental en relación con 10 sentencias en casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República demuestran la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad; apreciándose la negación de la existencia de la multiparentalidad, en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
2. En general, la revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria. La referida solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza es reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, a propósito del Tema 2 sobre la temática de “la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación”.
3. La primacía de la faceta estática de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser

cuidado por ellos”. Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; por lo que, en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. Siendo así, en caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera por guardar relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

4. De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y, b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.
5. En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento; b) Inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor; y, c) Inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante y el menor. A partir de ellos, se destaca que, como el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca de privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos, se privilegia la faceta estática por considerar que ello permitirá

la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico.

6. En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante; b) Existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor; y, c) Existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor. Sobre este último elemento, la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico determinó que se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo.
7. La primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. De acuerdo con ello, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente

ni tampoco un elemento necesario para su constitución, pues tal relación jurídica es posible que proceda de un acto de voluntad como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que hay que preservar frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

8. De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y, b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.
9. En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecian elementos comunes en todos los casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante; b) Impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos; c) Existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo; d) No identificación del verdadero padre biológico; e) Actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante; y, f) Preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés

superior del niño del caso en concreto pues de prosperar la impugnación de paternidad su identidad filiatoria quedará indefinida. Respecto a la actuación de la prueba de ADN, si bien se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor, se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como su padre, generando una posesión constante de estado de familia que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria. De acuerdo con ello, todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

10. En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) Impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante; b) Existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor; y, c) Existencia de posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor. En estos casos, se resalta la mayor importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria. Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, se privilegió la posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor.

11. En aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria, se desconsideró la existencia de la multiparentalidad y se impuso la biparentalidad como solución; privilegiando, en dos de ellos, la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
12. En la Casación N°04976-2017 LIMA resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo. Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que, se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así la multiparentalidad fue desconsiderada, sin que ello constituya un precedente negativo para su reconocimiento.
13. En la Casación N°2726-2012 DEL SANTA también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. El demandado -marido de la madre y padre afectivo de la menor- asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante.

De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor. Por eso y en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. No obstante que la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo evidenciaría la existencia de multiparentalidad, su negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

14. En la Casación N°950-2016 AREQUIPA no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, en este caso la posesión constante de estado sólo se desarrolló entre el demandado (padre afectivo) y la menor y, en consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, siendo el padre biológico un desconocido para ella; por lo que, se optó por la preservación de la identidad. De acuerdo con ello, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.

6.2 Recomendaciones

1. Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, al

Congreso de la República se le recomienda aprobar el proyecto de propuesta legislativa (Apéndice B): “Ley que regula la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales”, que tiene por objeto regular la multiparentalidad en las relaciones familiares, garantizando el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que ambos deben preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.

2. La propuesta de regulación legislativa determina considerar que, si bien “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales”, ello no limita el número de integrantes del nexo materno o paterno cuando se presenten situaciones de multiparentalidad; destacando que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que ambos deben preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.
3. Contribuye a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo; tanto para la creación de los vínculos paternofiliales, como la prevención de conflictos de parentalidad.
4. No obstante, en tanto no se produzca su positivización, se recomienda al

Poder Judicial considerar en la solución de los casos que se pongan en su conocimiento que el interés superior del niño exige preservar el “triángulo afectivo” en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

5. En la decisión judicial debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.
6. Respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*; por lo que, se debe ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que cumpla con la inscripción en la partida de nacimiento del niño, niña o adolescente. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y

maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Esto se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado al comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de éste de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, y, la *fama* o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

7. El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.
8. En lo que se refiere a la responsabilidad parental, debe declararse que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, debe disponerse la asunción conjunta de las responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”, expresamente aludidos en el artículo 6° de la Constitución.
9. Debe establecerse un régimen de coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello,

en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

10. El aludido régimen de coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.



REFERENCIAS

- AASP, A. d. (2 de Mayo de 2016). *Associação de Advogados de São Paulo. Bogo, Cristina Paul Cunha. Jovem terá os nomes dos pais biológicos e socioafetivo anotados em seu registro civil.* www.aasp.org.br/asp/imprensa/clipping
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arce y Flores-Valdés, J. (1986). *El derecho civil constitucional.* Madrid: Civitas.
- Balaguer Callejón, M. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico.* Tecnos.
- BBC Mundo, R. (13 de Septiembre de 2016). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37355741>
- Bladilo, A. (1 de Agosto de 2019). Familias pluriparentales: donde tres (¿o más?) no son multitud. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.* 38. 135-158: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/rjuam2018.38.005/13180/37468>
- Bossert, G. (2009). El triángulo afectivo en la adopción. En A. Kemelmajer de Carlucci, & M. Herrera, *La familia en el nuevo derecho. Tomo II.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Calderón, R. (2013). *Princípio da afetividade no direito de família.* Renovar.
- Cassettari, C. (2017). *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva - Efeitos jurídicos.* Sao Paulo: Atlas.
- Centro de Investigaciones Judiciales. (14 de Noviembre de 2022). *Poder Judicial del Perú.* <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cc264f00493d088fb022f49026c349a4/Cuadro+Ejecutivo+-+Pleno+Jurisdiccional+Nacional+de+Familia+2022+%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cc264f00493d088fb022f49026c349a4>
- Comunidad Autónoma de Cataluña. (2010). *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú.* <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf>

- Congreso de la Nación Argentina. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994*. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Crespo Lorenzo, E. (27 de Marzo de 2018). *Crespo Law Abogados de Familia*. <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/coordinador-parental-en-cataluna/>
- De Carvalho, D. (2017). *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva.
- Dias, M. (2017). Manual de Direito das Famílias. *Revista dos Tribunais*.
- Fachin, L. (1992). *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris.
- Fachin, L. (1996). *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Del Rey.
- Famá, M. (2011). *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. AbeledoPerrot.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos.:* Ediciones Jurídicas.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *El derecho a la identidad personal*. Astrea.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- García Toma, V. (2006). El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas). En J. (. Hurtado Pozo, *Anuario de Derecho Penal. 2005* (pp. 173-210). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gil Dominguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2006). *Derecho Cnstitucional de Familia. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.
- González de Vicel, M. (2014). Artículos 615 a 626. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo IV* (pp.. 371-628). Rubinzal-Culzoni.
- Grosman, C. (2014). Artículos 672 a 676. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N. Lloveras, & (dirs), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo IV* (págs. 219-291). Rubinzal-Culzoni.
- Grosman, C., & Martínez Alcorta, I. (2000). *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: Ley y creencia. Problemas y soluciones legales*. Buenos Aires: Universidad.

- Gutiérrez Enríquez, M. (2019). El reconocimiento de filiación: "perfiles dogmáticos y jurisprudenciales sobre la ineficacia por falta de veracidad y la determinación de la posesión de estado en el derecho de familia". [Tesis de Doctor., Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú: <https://hdl.handle.net/20.500.12672/15201>].
- Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción. Tomo I*. Buenos Aires: Universidad.
- Herrera, M., & Lamm, E. (2014). Artículos 558 a 593. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N. Lloveras, & (dirs), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Tomo II. Arts. 509 a 593* (págs. 395-892). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- IBDFAM, I. (16 de Mayo de 2014). *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. <https://ibdfam.org.br/noticias/5306/Justi%C3%A7a+ga%C3%BAcha+reconhece+o+direito+de+crian%C3%A7a+ter+dois+pa%C3%ADs+no+registro+de+nascimento>
- Impugnación de paternidad, Casación N°2726-2012 DEL SANTA (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 17 de Julio de 2013).
- Impugnación de paternidad, CASACIÓN N° 3797-2012 AREQUIPA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 18 de Junio de 2013).
- Impugnación de paternidad, CASACIÓN N° 1622-2015 AREQUIPA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 3 de Mayo de 2016).
- Impugnación de paternidad, Casación N°950-2016 AREQUIPA (Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 29 de Noviembre de 2016).
- Impugnación de paternidad, CASACIÓN N°4430-2015 HUAURA (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 4 de Setiembre de 2017).
- Impugnación de Paternidad, CASACIÓN N°1622-2016 PUNO (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 22 de Junio de 2017).
- Impugnación de paternidad, Casación N°4976-2017 LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República 20 de Noviembre de 2018).
- Impugnación de paternidad, Casación N°2151-2016 JUNIN (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 8 de Enero de 2018).

- Impugnación de paternidad, CASACION N°4976-2017 LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 20 de Noviembre de 2018).
- Impugnación de paternidad, Casación N°4976-2017 LIMA Impugnación de Paternidad (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente 20 de Noviembre de 2018).
- Impugnación de Paternidad, CASACIÓN N°2236-2017 LAMBAYEQUE (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 24 de Abril de 2018).
- Impugnación de Paternidad, CASACION N°3456-2016 LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 16 de Julio de 2021).
- Investigación Tutelar, 00686-2016-0-0401-JR-FT-02 (Segundo Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 16 de Septiembre de 2016).
- Justicia TV, R. (21 de Septiembre de 2016). *Justicia TV Poder Judicial del Perú*. <https://justiciatv.pj.gob.pe/juez-logro-que-bebes-cambiados-en-hospital-vuelvan-con-padres-biologicos/>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo introductorio. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N. Lloveras, & (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia. Tomo I* (págs. 9-94). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Lóbo, P. (2004). A repersonalização das relações de família. *Revista brasileira de Direito de Família. Síntese, IBDFAM*, v. 6. n. 24. jun/jul., 136-156.
- Lóbo, P. (2008). Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista brasileira de Direito das Famílias e Succesoes. Porto Alegre. Magister IBDFAM*. v. 5. ago/set , 78-99.
- Lorenzetti, R. (1998). *El Juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores*. Buenos Aires: La Ley.
- Madaleno, R. (2017). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense.
- Mizrahi, M. L. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Editorial Astrea.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

- Pandey, G. (23 de Enero de 2018). *BBC News Mundo*.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-42789650>
- Peces-Barba Martínez, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.
- Plácido V., A. (2005). "Creditur virgini pregnant...", volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley N°28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Actualidad Jurídica. Tomo 134. Enero 2005. Lima, Gaceta Jurídica. Página 33 y siguientes.*, 29-52.
- Plácido V., A. (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Plácido V., A. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Instituto Pacífico.
- Poder Ejecutivo. (1984). *Código Civil - Decreto Legislativo N°295*.
https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf
- Poder Judicial del Perú. (s.f.). *Jurisprudencia Sistematizada/Resoluciones sobre Control Difuso de Constitucionalidad*.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso/as_Derechoalaidentidad/
- Punto Final. Frecuencia Latina. (13 de Abril de 2014). *Doble vida: mentiras de una mujer enfrenta a dos hombres por tutela de una niña*.
https://youtu.be/wN4S2_PkkIE
- SAIJ. (7 de Febrero de 2020). *Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina*.
<http://www.saij.gob.ar/FA20240001>
- STC 00047-2004-AI, Acción de inconstitucionalidad de la Ley N°27971 (Tribunal Constitucional 24 de Abril de 2006).
- STC 0141-2002-AA, César Hugo Arancibia Pando (Tribunal Constitucional 23 de Octubre de 2002).
- STC 5854-2005-PA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles (Tribunal Constitucional 8 de Noviembre de 2005).
- STF, M. (21 de Setembro de 2016). *Supremo Tribunal Federal do Brasil. Minuta de voto do Ministro Luiz Fux*.
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>
- STF, R. (21 de Setembro de 2016). *Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Extraordinario 898.060 Santa Catarina*.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>

- Tartuce, F. (2016). *Direito civil. v. 5: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense.
- TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8° cc, ac 70029363918, Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 7 de Mayo de 2009).
- TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70062692876. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12 de Fevereiro de 2015).
- TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso 0006422-26.2011.8.26.0286, Primeira Câmara de Direito Privado, Itu, Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 14 de Agosto de 2012).
- Torreblanca Gonzales, L. (2018). Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad en el Perú. *Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Perú: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13502>.
- Universidad Nacional del Sur. (2015). XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Conclusiones Comisión 6, Familia: "Identidad y filiación"*. Bahía Blanca. <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>
- Villela, J. (1979). A desbiologizacao da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII.*, 380-420.
- Welter, B. (2009). Teoría tridimensional do direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. fev.-mar. Porto Alegre, Magister IBDFAM*, 205-230.
- Zannoni, E. (1999). Adopción plena y derecho a la identidad personal (la "verdad biológica": ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?). En A. (. Kemelmajer de Carlucci, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

APÉNDICES

- A : Matriz de consistencia
- B : Proyecto de propuesta legislativa



Apéndice A

Matriz de Consistencia

Título: "Redefiniendo las relaciones paternofiliales por la multiparentalidad"

Línea de Investigación: Derechos del Niño y Adolescente

Tesista: Alex Fernando Plácido Vilcachagua

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	JUSTIFICACIÓN	MÉTODO
<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿En qué medida la falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones familiares y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales?</p>	<p>OBJETIVO PRINCIPAL</p> <p>Determinar si la falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones paternofiliales y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales</p>	<p>HIPOTESIS PRINCIPAL</p> <p>La falta de regulación de la multiparentalidad distorsiona las relaciones paternofiliales y origina la redefinición de la identidad filiatoria y la responsabilidad parental, por la actual imposición de la biparentalidad en las relaciones paternofiliales.</p>	<p>TEÓRICA:</p> <p>El trabajo permitirá investigar aspectos teóricos, desde las dispensas judiciales, a las situaciones de multiparentalidad que son tratadas con una visión biparental, sin que ninguna consideración tenga el interés superior del niño del caso concreto.</p>	<p>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Cualitativo</p>
<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>P1. ¿Cuál es el tratamiento judicial que se dispensa a las situaciones en que se presentan padres biológicos y padres afectivos de una misma persona?</p> <p>P2. ¿Cuáles son las circunstancias en que se presenta la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales?</p> <p>P3. ¿Cuáles son las consecuencias de reconocer la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales?</p> <p>P4. ¿Cuáles son las circunstancias que deben concurrir para el reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>O1. Determinar los criterios judiciales para imponer la visión biparental en las relaciones paternofiliales.</p> <p>O2. Identificar las circunstancias en que se presenta la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.</p> <p>O3. Verificar la distorsión que se presenta en las relaciones paternofiliales por la multiparentalidad.</p> <p>O4. Delimitar los elementos concurrentes para el reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.</p>	<p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>H1. La negación de la existencia de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales</p> <p>H2. La existencia de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.</p> <p>H3. La redefinición de la identidad filiatoria y de la responsabilidad parental desde la multiparentalidad.</p> <p>H4. La determinación del reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.</p>	<p>PRÁCTICA:</p> <p>El trabajo permitirá completar el vacío normativo que existe sobre la multiparentalidad y propondrá los criterios generales para su consideración en las soluciones judiciales.</p>	<p>PARTICIPANTES:</p> <p>10 sentencias en casación relativas a procesos de impugnación de paternidad en los que existió conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona.</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:</p> <p>Técnica: Análisis documental. Instrumento: Guía de análisis documental.</p>

Apéndice B

Proyecto de Propuesta Legislativa

SUMILLA: LEY QUE REGULA
LA MULTIPARENTALIDAD EN
LAS RELACIONES
PATERNOFILIALES

PROYECTO DE LEY N°

El Congresista de la República que suscribe, miembros del Grupo Parlamentario, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú; y conforme lo establecen los artículos 74°, 75° y el numeral 2) del artículo 760° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La organización histórica de las relaciones paternofiliales se ha desarrollado bajo el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. Ello fue así, por cuanto en la modernidad “el orden familiar se apoyaba en tres pilares fundamentales: la autoridad del marido, la subordinación de la mujer y la vigorosa dependencia de los hijos respecto de aquél” (Mizrahi, 2006, pág. 57). Por eso, el principio binario ponía en evidencia que el criterio biológico e institucional, en consideración al matrimonio, era lo preponderante para la formación de la familia.

El paso de la modernidad a la posmodernidad marcó la democratización de la familia nuclear y, con ello, el reconocimiento de un espacio destinado a la afectividad, sobre la base de la igualdad y libertad; siendo el surgimiento de la familia nuclear la que acabó por aproximar a sus integrantes, permitiendo un vínculo afectivo entre ellos, basado en la solidaridad y cooperación. De este proceso, la afectividad asumió una importancia creciente en las relaciones familiares y, al igual que el criterio biológico e institucional, acabó por ser considerada como digna de atención y reconocimiento efectivo.

Si bien es verdad que en la actual legislación se apunta con mayor rigor a la coincidencia de los vínculos paternofiliales con la verdad biológica, también lo es que no se logra esa identificación absoluta debido a dos causas. Por un lado, a las restricciones existentes que se fundamentan en la necesidad de preservar la tranquilidad en la familia, que se impone por el principio de protección que evita desórdenes en su organización. Así, se contemplan plazos de caducidad para impugnar la filiación, limitaciones de los sujetos legitimados para promoverla, etc. Por otra parte, a la presunción de paternidad matrimonial que evidencia que ésta no es conferida como un efecto de la procreación sino del propio vínculo matrimonial.

La premisa de que “padre” es el que procrea y cría al hijo” evidencia que la identidad de la persona humana tiene dos facetas: el biológico, de carácter estático, y el afectivo, de carácter dinámico; aspectos concurrentes que hacen la filiación por naturaleza y que refiere el contenido del derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, que está expresamente reconocido en el artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, el contenido esencial protegido en este derecho se concreta en el interés de toda persona a acceder al conocimiento de quienes son sus padres y, a su vez, a que éstos asuman su cuidado, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

El derecho a conocer a los padres se centra en la idea de la asunción voluntaria y, en su caso, la determinación jurídica de la paternidad y de la maternidad. Mientras que el derecho a ser cuidado por los padres se rige por el principio de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por el padre y la madre atiende mejor al interés de los hijos menores.

En concreto, el derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos se desarrolla en las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental; respecto de las cuales, sus dos facetas les están referidas. De ello se infiere que, desde la concepción, está presente la faceta estática, que se irá luego acrecentando a través de toda su vida hasta la muerte; sumando, durante el ciclo vital, otros elementos complementarios de la misma, que surgen, a su vez, de las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres, que hacen la esencia de la responsabilidad parental. Esto es, la faceta dinámica que se materializa en el concepto de “posesión constante de estado de hijo”.

Del precepto contenido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta claro que deben coincidir ambas facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; vale decir, que las calidades de progenitores y cuidadores deben recaer en las mismas personas: los padres del hijo. Es a lo que tiende el sistema jurídico con las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental: que quienes te han procreado, te cuiden.

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden.

Pero, también en el caso de la filiación por naturaleza se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica; en cuyo caso, la solución exige una ponderación entre ambas facetas para

determinar la identidad filiatoria de una misma persona, haciéndose primar la biparentalidad en las relaciones paternofiliales al elegirse entre una u otra. Para llegar a la solución se parte del cuestionamiento al llamado “biologismo” o “biologicismo”, máxime cuando en las cuestiones que involucra la filiación de un niño se pueden encontrar comprometidos distintos tipos de relaciones afectivas, donde sea dable analizar en cada caso la calidad de los vínculos forjados. El tipo de lazos entretnejidos entre el niño y su familia de origen, pero también, si ello ha acontecido, el tipo de relación desarrollada entre el primero y la familia cuidadora y de crianza.

En los casos en que el hijo ha mantenido o mantiene una posesión constante de estado con quienes se dicen ser sus padres o madres, tanto biológicos como afectivos, se comprueba que la faceta estática no se contrapone a la faceta dinámica y viceversa; y, al contrario, ellas coexisten y trascienden definiendo la identidad filiatoria del hijo e incidiendo en el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres. En tales circunstancias, la solución debe ser una que integre ambas facetas: ella es, la multiparentalidad.

La multiparentalidad encuentra su fundamentación receptora en el modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en su eficacia integradora frente al Código Civil de 1984, que no la regula.

El principio binario de la filiación y, consecuentemente, de la responsabilidad parental -según el cual, nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno- encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6° de la Constitución de 1993 en alusión al “principio de paternidad y maternidad responsables” y del numeral 1 del artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño en referencia al “principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. De la expresión “ambos padres” contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde el punto de vista estático, está constituida por el dato biológico y, desde el punto de vista dinámico, está constituida por el dato afectivo; resultando evidente que tales facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas y, al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Vale decir, que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, materno o paterno; por lo que, la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional. Siendo así, la multiparentalidad redefine la identidad filiatoria y la responsabilidad parental por ser una extensión más del derecho a conocer a

los padres y a ser cuidado por ellos; resultándole, por tanto, pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances.

Situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los elementos siguientes: “a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade” (Lóbo, 2008, pág. 6). De acuerdo con ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico.

Los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común; los que deben regirse por una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes.

La coparentalidad cooperativa para la multiparentalidad se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados. Contribuirá a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo la creación de los vínculos paternofiliales y la prevención y solución de conflictos de parentalidad. Los acuerdos a que arriben los padres biológicos con los padres afectivos, con o sin la participación del coordinador parental, deben reflejar la especial consideración al interés superior del hijo; para lo cual, se tendrá en cuenta su opinión en la formulación del convenio de multiparentalidad y, en su caso, podrá ser objeto de revisión judicial para su modificación.

II. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable en la medida en que, sin irrogar costo alguno al erario nacional, se fortalecerán las relaciones paternofiliales.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

De aprobarse la presente propuesta legislativa, tendrá un efecto positivo en la legislación nacional toda vez que se incorporará en el sistema jurídico peruano una ley que regula la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales.

IV. FORMULA LEGAL

LEY QUE REGULA LA MULTIPARENTALIDAD EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto regular la multiparentalidad en las relaciones familiares, garantizando el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que ambos deben preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.

Artículo 2.- Reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones parentales

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, sin limitarse el número de integrantes del nexo materno o paterno cuando se presenten situaciones de multiparentalidad.

Artículo 3.- Situaciones de multiparentalidad

Situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los elementos siguientes: a) personas que se comportan como padres y madres y otras personas que se comportan como hijo; b) convivencia familiar; c) posesión constante de estado de familia; y, d) afectividad.

Artículo 4.- Efectos de la multiparentalidad

Los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Artículo 5.- Coparentalidad cooperativa y coordinador parental en la multiparentalidad

La multiparentalidad se rige por una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes, centrada en el interés del hijo común y desarrollando roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado.

El convenio de multiparentalidad tiene por objeto propiciar una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo; tanto para la creación de los vínculos paternofiliales, como la prevención de conflictos de parentalidad. En su formulación podrá participar un coordinador parental designado de común acuerdo o designado por el juzgado.